



Especialización en

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

IV Edición

Curso de Desarrollo de Habilidades Comunicativas

Prof. Msc. Sandra Ruiz

Prof. Msc. Ana María Sevilla

Prof. Eva Marlene Romano

Derecho Penal Constitucional

Prof. Dra. María Asunción Moreno

2100263)



UCA



Universidad Jesuita

POSGRADOS
Y FORMACIÓN CONTINUA



Especialización en

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

IV Edición

Curso de Desarrollo de Habilidades Comunicativas

Prof. Msc. Sandra Ruiz

Prof. Msc. Ana María Sevilla

Prof. Eva Marlene Romano

Derecho Penal Constitucional

Prof. Dra. María Asunción Moreno



Universidad Jesuita

POSGRADOS
Y FORMACIÓN CONTINUA

Índice	Págs.
Prof. Sandra Ruíz Almendárez.....	1
Prof. Ana María Sevilla.....	33
Prof. Eva Marlene Romano.....	69
Prof. Ma. Asunción Moreno.....	99
1. Derecho y razón.....	109
Luigi Ferrajoli	
2. Derecho Penal Concepto y principios constitucionales.....	165
Juan Carlos Carbonell Mateu	
3. El horizonte del Finalismo y el “Derecho Penal del Enemigo”	249
Luis García Martín	
4. Derecho penal del enemigo.....	313
Gunther Jakobs	

Curso Desarrollo de Habilidades Comunicativas

Habilidades Comunicativas Inteligencia Emocional

Docente: Msc. Sandra Ruiz Almendárez

Octubre, 2010

INDICE

	Páginas
Syllabus	1
1. Presentación y justificación del material	7
2. Guía de aprendizaje No. 1	10
3. Test de Inteligencia Emocional	12
4. Inteligencia Emocional	13
5. Saber Soltar	26

Nota: La paginación interna del material señala el orden en que aparecen los documentos en la compilación. No debe tomarse en cuenta para realizar citas bibliográficas

SYLLABUS

1. Datos generales

Programa de Estudio:	Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal
Nombre del módulo:	Módulo I
Nombre de la asignatura:	Desarrollo de Habilidades Comunicativas- Inteligencia Emocional
Fondo de tiempo:	9 horas de atención directa y 4 horas de autoestudio
Periodo de ejecución:	2 y 8 de octubre de 2010
Horario:	De 8:00 a 12:00 y de 2:00 a 4:00 p.m.

2. Competencias a desarrollar

- Comprende la importancia de la inteligencia emocional para el desarrollo personal y su influencia en el aprendizaje.
- Reconoce el concepto de inteligencia emocional como un componente fundamental en el desarrollo personal.
- Identifica los componentes de la inteligencia emocional explorando sus sentimientos.
- Reflexiona sobre la vinculación entre la inteligencia emocional y el aprendizaje.
- Se motiva a una incorporación activa a la vida académica del programa.

3. Cómo se desarrollarán las competencias

A través de un espacio reflexivo en el cual los(as) estudiantes entren en contacto con sus emociones y exploren sus sentimientos para reconocer los elementos de la Inteligencia Emocional, los beneficios que conlleva para su crecimiento en todas las esferas de la vida y de manera particular para su aprendizaje.

Se promoverá la autoevaluación y coevaluación entre los participantes a fin de fomentar la autorregulación, uno de los componentes de la Inteligencia Emocional y un medio para asumir con responsabilidad el aprendizaje. Asimismo, espacios de diálogo y comunicación en trabajos individuales y grupales para promover el trabajo colaborativo en el cual existe una interdependencia mutua entre sus participantes.

La facilitadora promoverá una metodología activa, participativa, el diálogo y ejercicios de introspección a fin de experimentar la inteligencia emocional como una capacidad que se puede aprender.

Habrá un breve espacio de interacción con el Entorno Virtual de Aprendizaje para debatir ideas y comunicar puntos de vista frente al tema, respetando las ideas de los demás y aprendiendo de la diversidad.

El curso proporcionará una compilación con un material de estudio básico con guías de aprendizaje y sitios Web para ampliar información sobre el tema. Además, en el Entorno se colocarn  materiales adicionales con la finalidad de contar con otros recursos.

4. Cómo se evaluarán las competencias

A través del aprender haciendo del estudiantado en actividades de autorreflexión y discernimiento frente a las lecturas, ejercicios, trabajo individual y grupal. Cada estudiante tendrá un Portafolio en el cual registrará todas sus reflexiones y tareas encomendadas, el cual será retroalimentado por la facilitadora.

Se utilizará la evaluación diagnóstica, formativa y sumativa. En el Portafolio se registran las actividades formativas orientadas en las guías de aprendizaje y las tareas sealadas a continuación. Las actividades formativas aunque no tienen puntaje sino se realizan le restan puntos al participante hasta en un máximo de 10 puntos.

Actividades	Puntaje	Tipo de trabajo
Dibujo de presentación	---	Individual
Reflexión sobre los resultados del cuestionario del test de Inteligencia Emocional	10 puntos	Individual
Autorreflexión sobre el vídeo controlando las emociones	25 puntos	Individual
Ideas fuerzas del ensayo de Daniel Goleman (en grupos de 2)	15 puntos	Grupal
Autoevaluación sobre la empatía	15 puntos	Individual
Resolución del caso	25 puntos	Grupal
Autorreflexión del ejercicio saber soltar	---	Individual
Participación en el foro	10 puntos	Individual

5. Plan de clase

Fecha	Tema	Tiempo	Actividades	Evaluación del aprendizaje
2 de octubre	Dinámica de integración y encuadre	8:00-9:00 a.m.	Técnica evocación, socialización de expectativas y presentación del programa.	Formativa

	Autovaloración de la inteligencia emocional	9:00-9:15 a.m.	Cuestionario	Formativa Sumativa
	Presentación: Concepto y componentes de la Inteligencia Emocional	9:15-9:45 a.m.	Conferencia dialogada	Diagnóstica Formativa
	Receso	9:45-10:00 a.m.		
	En contacto con mis emociones	10:00-10:20 a.m.	Ejercicio tomar conciencia de las emociones	Formativa
	Cómo conservar la calma: autorregulación de las emociones	10:20-10:45 a.m.	Vídeo:	Formativa Sumativa
	Recapitulación del vídeo: estrategias para el autocontrol	10:45-11:15 a.m.	Panel	Formativa
	Actividad de habilidades sociales	11:15-11:35 a.m.	El rompecabezas	Formativa
	Presentación: Habilidades sociales	11:35-12:00 a.m.	Conferencia dialogada	Formativa
	Receso	12:00-2:00 p.m.		
	Desarrollo de la empatía	2:00-2:20 p.m.	Ejercicio	Formativa
	Presentación de la empatía	2:20-2:40 p.m.	Conferencia dialogada	
	Resolución de casos	2:40-3:15 p.m.	Trabajo colaborativo	Sumativa
	Puesta en común de los casos	3:15-3:45 p.m.	Panel	Formativa
	Asignación de tareas y evaluación del día	3:45-4:00 p.m.	Guía de aprendizaje 1 Cuestionario	Sumativa
8 de octubre	Actividad de motivación	8:00-8:20 a.m.		
	Puesta en común de la lectura de Goleman	8:20-8:40 a.m.		
	Presentación: 6 formas de cómo arruinar su vida	8:40-9:10 a.m.	Vídeo	Formativa
	Plenaria de socialización del vídeo	9:10-9:30 a.m.	Panel	Formativa
	Receso	9:30-9:45 a.m.		
	Saber soltar- Lectura grupal	9:45-10:10 a.m.	Ejercicio grupal	Formativa
	Puesta en común del saber soltar	10:10-10:40 a.m.	Cuestionario	Formativa
	Ejercicio	10:40-10:45 a.m.		
	Evaluación del día Tarea: Foro	10:45-11:00 a.m.	Cuestionario Guía de aprendizaje 2	Formativa Sumativa

Referencias bibliográficas

Goleman, D. (2010). Inteligencia Emocional. Recuperado el 20 de septiembre de 2010 en <http://www.joseacontreras.net/promemp/lider00.htm>

Retana G. (2010) Saber Soltar. Recuperado el 22 de septiembre en http://www.elnuevoempresario.com/noticias_506_german-retana-escribe-sobre-saber-soltar-una-sabia-decisin.php

Curso: Desarrollo de Habilidades Comunicativas



Sandra Esther Ruiz Almendárez

La Profesora Ruiz, es Máster en Educación, con énfasis en Relaciones Pedagógicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, Máster en Perspectivas de Género y Desarrollo, Universidad de Barcelona y Universidad Centroamericana. Especialista en procesos de gestión y evaluación académica, cursos de capacitación y formación docente y profesional, a nivel de posgrados y formación continua. Experticia en temáticas vinculadas con aspectos pedagógicos, de género, lactancia materna y educación de la sexualidad. Docente de asignaturas relacionadas con aspectos educativos, psicoeducativos, género e inteligencia emocional.

La profesora Ruiz imparte la asignatura Estrategia y Técnicas de Aprendizaje en los diversos programas de especialización y maestría, impartidos en nuestra alma máter.

1. PRESENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL MATERIAL

¿Por qué a algunas personas les va mejor en la vida que a otras?

¿Por qué algunas, con alto coeficiente intelectual y que se destacan en su profesión, no pueden aplicar esta inteligencia en su vida privada, que va a la deriva, del sufrimiento al fracaso?

¿Y por qué otras con un alto Cociente Intelectual terminan trabajando para otras que tienen un CI más bajo, pero que saben conectarse, influir y relacionarse mejor?

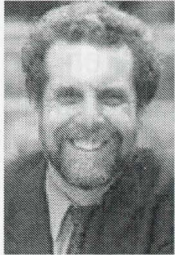
La respuesta está en las emociones y en la capacidad para entenderlas y manejarlas: la Inteligencia Emocional es parte de nuestra inteligencia global, una parte a menudo negada y desdeñada, opacada por el brillo de la razón y del Cociente Intelectual, más fácil de definir y medir.

La investigación realizada a nivel mundial por *The Consortium for Research on Emotional Intelligence in Organizations*, arrojó un resultado sorprendente y vinculado a nuestro Cociente de Éxito: el mismo se debe un 23% a nuestras capacidades intelectuales, y un 77% a nuestras aptitudes emocionales.

Daniel Goleman expresa que las personas con habilidades emocionales bien desarrolladas tienen más probabilidades de sentirse satisfechas, ser eficaces en su vida, y de dominar los hábitos mentales que favorezcan su propia productividad; las personas que no pueden poner cierto orden en su vida

emocional libran batallas interiores que sabotean su capacidad de concentrarse en el trabajo y pensar con claridad.

Este curso ha seleccionado a los siguientes autores para abordar la temática considerando su experticia. Te invitamos a leerlos para ampliar tus conocimientos y sentimientos frente al tema.



Daniel Goleman

A partir de la publicación de su bestseller “La Inteligencia Emocional” (con más de siete millones de copias vendidas en treinta idiomas) el cual pasó más de un año y medio en la lista de bestsellers del New York Times, este personaje ha transformado la forma en que las personas se relacionan con sus semejantes, los líderes de las empresas dirigen las personas, el mundo hace negocios y los padres educan sus hijos. De hecho Harvard Business Review consideró la Inteligencia Emocional – IE (que desterró para siempre la idea del IQ como única medida de la inteligencia de una persona) como “una revolucionaria idea que rompió los paradigmas”.

Es también autor de los libros “Inteligencia Emocional en la Empresa”, “Liderazgo Primario: Aprendiendo a Liderar con Inteligencia Emocional”, todos estos bestsellers de acuerdo al Wall Street Journal, Business Week y al New York Times. A estos les siguieron otros bestsellers revolucionarios como son “Inteligencia Social” e “Inteligencia Ecológica”.

En el 2008 el Wall Street Journal consideró al Dr. Goleman entre los “Top Ten Business Thinkers” y fue electo miembro de la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia por sus esfuerzos para divulgar las ciencias del comportamiento, además de ser incluido como uno de los 10 intelectuales más destacados del mundo de los negocios por el Accenture Institute for Strategic Change.



El Doctor Gerardo González Rocha obtuvo su grado de Doctorado en Comportamiento Organizacional y Humano en New Port University. Realizó estudios de Maestría en Desarrollo Organizacional en la Universidad de Monterrey. Es también Licenciado en Ciencias de la Comunicación egresado del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Licenciado en Ciencias Religiosas por la Universidad La Salle y Maestro Normalista por la Normal Queretana.

En 1982 escribió el libro: *"Los Caminos de la Creatividad"*, el libro: *"Organizaciones de Alto Rendimiento"* (1994), el libro: *"Reingeniería Personal"*, Transformación en La Libertad, Editorial DIANA (14ta. Edición salió en el 2008).

En enero del 2009 el D.V.D. y el C.D. Audio *"6 formas efectivas de cómo Arruinar tu vida y negocio"*. En septiembre del 2009 el D.V.D. y C.D. audio *"Liderazgo Integración y Compromiso: EBE, EJECUCION BASADA EN EVIDENCIA"*.

Ha escrito artículos para revistas como: EXPANSIÓN (México), Guanajuato Siglo XXI, COPARMEX, Zona Comercial de Negocios (Puerto Rico). para los periódicos: Reforma, El Norte (Monterrey), El Heraldo y A.M.



German Retana

Consultor y profesor INCAE. Miembro de la Facultad del INCAE desde hace 28 años, donde enseña en los programas de maestría y de desarrollo gerencial en las áreas de liderazgo, procesos gerenciales, implementación de cambios organizacionales y cultura organizacional.

Ha sido consultor privado para diversas empresas privadas, gabinetes de gobierno, y organismos internacionales. Ha promovido la práctica de los conceptos de liderazgo, valores y trabajo en equipo en el deporte de alto rendimiento y la identificación de factores de éxito de un equipo deportivo aplicables en la vida de las empresas, especialmente en el funcionamiento de los niveles gerenciales.

Otros recursos que apoyan el proceso de apropiación al tema tales como: Red Mundial de Educación, con el vídeo controlando las emociones, el test de inteligencia emoción de Daniel Goleman.

Ejercicios de empatía, autoconomiento de las emociones, casos desde el ámbito laboral y universitario elaborados por el equipo de docentes de la UCA facilitadoras del tema, maestras Marlene Saravia y Sandra Ruiz A.

2. GUÍA DE APRENDIZAJE NO. 1

El ser humano lleva millones de años viviendo en el planeta Tierra. La mayor parte del tiempo su relación con el mundo no ha sido equilibrada. Tenemos muchos indicios tanto en el mundo afectivo como social tales como: represión, estrés, enfermedades psíquicas, insomnio, violencia, agresividad, falta de solidaridad, egoísmo, soledad, infelicidad que nos hacen pensar que no estamos realizando una adecuada gestión de nuestras emociones. Nuestro mundo caótico, inestable lleno de sufrimiento pide soluciones de urgencia que deben nacer de cada uno de nosotros. Todos de muchas maneras somos responsables de lo que nos está pasando y debemos buscar un equilibrio en la sociedad, es urgente trabajar en equipo. (Soler & CONANGLA, 2005, p.31)

Objetivos

1. Apertura a experimentar sus emociones
2. Autoevaluarse sobre la Inteligencia Emocional
3. Reflexionar sobre el tema: qué tanto lo conozco, qué puedo incorporar, cómo me siento.
4. Atender con motivación las instrucciones de la facilitadora
5. Escuchar con atención las intervenciones de mis compañeros(as) y aprender de sus experiencias.

Contenidos:

1. Concepto y componentes de la Inteligencia Emocional
2. La autoconciencia y autorregulación de las emociones

Actividades:

- 1) Dinámica la evocación: ¿Quién soy? Dibuje un objeto, animal, cosa en la cual usted se sienta identificado porque contiene parte o características de usted. No se preocupe sino sabe dibujar, es un ejercicio para ponerse en contacto con su ser.

Seguidamente, comparta con el grupo su dibujo y permita que le conozcan. Escuche con respecto las presentaciones del grupo de clase.

- 2) Autoanálisis de la Inteligencia Emocional. Lea con calma el test y responda. Es un punto de partida no se preocupe por los resultados.
- 3) Reflexión de los resultados del test: cómo me siento, qué me dicen estos resultados. Anótelos en su portafolio
- 4) Exposición de la facilitadora: tome notas y reflexione frente al tema.
- 5) Ejercicio en contacto con las emociones: apertura para conocer sus emociones, disfrute el momento.
- 6) Vídeo: conservar la calma. Reflexione en su propia experiencia. Tome notas y responda:

¿Qué debemos hacer para controlar nuestras emociones? Exponga sus puntos de vista en el portafolio.

- 7) Tarea: Lectura del ensayo de Daniel Goleman sobre la Inteligencia Emocional

Lea con detenimiento y saque las Ideas fuerzas que le provoca el material:

- Extraer aquello que me llama la atención, que me provoca o me invita a la acción.
- Se pide como mínimo una hoja de reflexión de las ideas fuerzas.
- Esto forma parte de su portafolio

TEST DE INTELIGENCIA EMOCIONAL

1. Cuando se siente deprimido y un amigo(a) le pregunta cómo se siente, generalmente usted responde:
<ul style="list-style-type: none">• Bien• No te gustaría saberlo• Me siento deprimido
2. Cuando algún socio o compañero(a) hacen algo que a usted le molesta, generalmente le dice:
<ul style="list-style-type: none">• No debiste haberlo hecho• Me sentí herido por lo que hiciste• Realmente has lastimado mis sentimientos
3. Cuando alguien le señala un error, su reacción es:
<ul style="list-style-type: none">• Defiende su posición• Trata de encontrar alguna falla en quien le señala su error o en su lógica• Le agradece a la persona que se lo señala
4. Cuando enfrenta una situación amenazante, usted:
<ul style="list-style-type: none">• Evalúa la probabilidad de que la amenaza se haga realidad y se concentra en las opciones que tiene para enfrentarla• Espera que la amenaza no se concrete y trata de no pensar en ella• Se preocupa
5. Cuando alguien reacciona enérgicamente a algo que usted comenta, usted generalmente:

- Piensa que esa persona es demasiado susceptible
- Le dice que no se lo tome tan en serio porque usted simplemente estaba bromeando
- Se disculpa y pregunta qué es exactamente lo que le molestó

Test de Inteligencia Emocional-

Goleman

Inteligencia Emocional

Un ensayo de Daniel Goleman, el investigador más prestigiado en el tema de Inteligencia Emocional.

Fuente: Grupo Hay (www.haygroup.com.mx)

Cualquier persona de negocios conoce la historia de algún ejecutivo dotado de grandes habilidades e inteligencia que alguna vez fue promovido a una posición de liderazgo para luego fracasar en ella. Seguramente, también ha oído la historia de alguien que tiene la inteligencia y sólidas habilidades técnicas, pero no extraordinarias, que fue promovido a un cargo similar y luego se desempeñó con pleno éxito.

Estas anécdotas reafirman la creencia, ampliamente difundida, de que identificar aquellos individuos que tienen lo esencial para ser líderes es más un arte que una ciencia. Después de todo, los estilos de los grandes líderes varían: algunos son tímidos y analíticos, mientras que otros proclaman a gritos sus ideas desde la cima. Más importante aún, diferentes situaciones reclaman distintos tipos de liderazgo.

Sin embargo, los líderes más efectivos se parecen en un punto crucial: todos tienen un alto grado de lo que se llama 'inteligencia emocional'. No significa esto que el cociente intelectual y las habilidades técnicas sean irrelevantes. Son importantes, pero como puntos de partida; constituyen requisitos de entrada a las altas posiciones ejecutivas. Pero las investigaciones que he llevado a cabo, junto con otros estudios recientes, demuestran claramente que la inteligencia emocional es el *sine qua non* del liderazgo. Una persona que carezca de ésta puede tener el mejor entrenamiento del mundo, una mente analítica e incisiva y un sinnúmero de ideas pero, no será un gran líder.

En el transcurso del último año, nos hemos concentrado en estudiar cómo la inteligencia emocional opera en el trabajo. En especial, examinamos la relación entre ésta y el desempeño efectivo en los líderes. Se ha observado de qué manera la inteligencia emocional se ve plasmada en el trabajo. ¿Cómo se sabe si alguien tiene alta inteligencia emocional? ¿Cómo reconocerla en uno mismo? El siguiente estudio examina algunas de estas preguntas y toma en cuenta cada uno de los componentes de la inteligencia emocional: autoconciencia, autorregulación, motivación, empatía y habilidades sociales.

EVALUAR LA INTELIGENCIA EMOCIONAL

La mayoría de las grandes empresas utilizó psicólogos entrenados para desarrollar lo que se conoce como "modelos de competencias", para ayudar en la identificación, entrenamiento y promoción de personas que sean posibles "estrellas" debido a su liderazgo. Asimismo, los psicólogos también desarrollaron estos mismos modelos para posiciones de menor nivel. En años recientes, analicé modelos de competencia para 188 empresas. La mayoría es una firma global y de gran tamaño, como Lucent Technologies, British Airways y Credit Suisse.

Al llevar a cabo este trabajo, el principal objetivo era determinar qué capacidades personales generaban un desempeño sobresaliente dentro de estas organizaciones y hasta qué grado lo hacían. Se agrupó las capacidades en tres categorías: destrezas puramente técnicas - como contabilidad y planeamiento de negocios - habilidades cognoscitivas - como razonamiento analítico - y competencias que demostraban inteligencia emocional, como la habilidad de trabajar en equipo y la efectividad para liderar el cambio.

En otro tipo de modelos, los psicólogos utilizaron criterios objetivos, como la rentabilidad de cada división, para diferenciar dentro de las organizaciones a los actores sobresalientes de los del promedio. Los gerentes fueron entrevistados y sometidos a pruebas, y se compararon sus capacidades. El proceso arrojó como resultado listas de "ingredientes" para líderes altamente efectivos. Esta lista varía en su longitud entre 7 y 15 ítems, con factores como iniciativa y visión estratégica.

Al analizar estos datos, encontré resultados realmente dramáticos. Sin duda, el intelecto era un motor de desempeño sobresaliente. Las habilidades cognoscitivas, como el pensamiento amplio y la visión a largo plazo, fueron particularmente importantes. Pero al calcular la razón entre destrezas técnicas, cociente intelectual e inteligencia emocional - todos ellos ingredientes para un excelente desempeño - la inteligencia emocional resultó tener el doble de importancia que los demás para trabajos en todos los niveles.

Así mismo, los análisis demostraron que la importancia que tiene la inteligencia emocional aumenta a medida que se llega a los niveles más altos de las empresas, en los cuales eran insignificantes las diferencias en las destrezas técnicas. En otras palabras, a medida que el rango de una persona con desempeño estrella era más alto, con mayor frecuencia sus capacidades de inteligencia emocional surgían como la principal razón de su efectividad. Cuando se comparó los actores estrella con los actores promedio en posiciones de liderazgo, casi el 90 por ciento de la diferencia en los perfiles se le atribuía a factores de inteligencia emocional y no a habilidades cognoscitivas.

Otros investigadores han confirmado que la inteligencia emocional no sólo distingue a los líderes sobresalientes, sino que puede estar unida al desempeño sobresaliente. Los hallazgos del desaparecido David McClelland, el reconocido

investigador en comportamiento humano y organizacional, son un buen ejemplo. En su estudio de una multinacional de alimentos y bebidas realizado en 1996, McClelland encontró que cuando los altos gerentes tenían una masa crítica de capacidades de inteligencia emocional, las divisiones que dirigían superaban las metas de ganancias en un 20 por ciento. Mientras tanto, las divisiones con líderes que carecían de esa masa crítica quedaban por debajo de las metas en un porcentaje similar. Vale la pena anotar que los hallazgos de McClelland mantuvieron su validez en las divisiones de esa compañía de Estados Unidos, Asia y Europa.

En pocas palabras, las cifras empiezan a mostrarnos una historia persuasiva acerca del vínculo entre el éxito de una empresa y la inteligencia emocional de sus líderes. Igualmente importante, las investigaciones demuestran que las personas pueden, desarrollar su inteligencia emocional si toman el enfoque correcto.

LOS CINCO COMPONENTES DE LA INTELIGENCIA EMOCIONAL		
COMPONENTES	DEFINICIÓN	DISTINTIVOS
Autoconciencia	Habilidad de reconocer y entender sus emociones, estado de ánimo e impulsos, así como su efecto en los demás	<ul style="list-style-type: none"> · Confianza en sí mismo · Autoevaluación realista · Sentido del humor autocrítico
Autorregulación	Habilidad para controlar o redirigir impulsos y estados de ánimo. Propensión a eliminar los juicios, piensa antes de actuar	<ul style="list-style-type: none"> · Confiabilidad e integridad · Conformidad con la ambigüedad · Apertura al cambio
Motivación	Pasión para trabajar por razones que van más allá del dinero y el status Propensión a lograr metas con energía y persistencia	<ul style="list-style-type: none"> · Fuerte impulso hacia el logro · Optimismo incluso frente al fracaso · Compromiso organizacional
Empatía	Habilidad para entender la apariencia emocional de los temas. Habilidad para tratar a las personas de acuerdo con sus reacciones emocionales	<ul style="list-style-type: none"> · Capacidad para fomentar y retener el talento · Sensibilidad intercultural · Servicio a clientes y consumidores
Habilidades Sociales	Pericia en el manejo y construcción de redes de relaciones Habilidad para encontrar un espacio común y constituir simpatía	<ul style="list-style-type: none"> · Efectividad en liderar el cambio · Habilidad para persuadir

AUTOCONCIENCIA

La conciencia de sí mismo es el primer componente de la inteligencia emocional, lo que tiene sentido si uno recuerda que el oráculo de Delfos aconsejaba, miles de años atrás, "conócete a ti mismo". La autoconciencia significa tener un profundo entendimiento de nuestras emociones, fortalezas, debilidades, necesidades e impulsos. Las personas con una fuerte autoconciencia no son demasiado críticas ni tampoco tienen esperanzas irreales. Más bien, son honestos consigo mismas y con los demás.

Aquellos con un alto grado de autoconciencia reconocen cómo sus sentimientos los afectan a sí mismos, a otras personas y al desempeño en el trabajo. Así, una persona autoconsciente que sabe que las fechas límite despiertan lo peor de sí misma, planea su tiempo cuidadosamente y realiza su trabajo con anterioridad. Una persona con un alto nivel de autoconciencia será capaz de trabajar junto con un cliente exigente. Entenderá el impacto de éste en su temperamento y las razones profundas de sus frustraciones. Una persona así entenderá que "las exigencias triviales del cliente nos apartan del verdadero trabajo que debe llevarse a cabo". Irá un paso más adelante y desplazará su furia hacia algo más constructivo.

La autoconciencia se extiende al entendimiento que cada persona tiene de sus valores y metas. Una persona altamente autoconsciente sabe hacia dónde se dirige y por qué, y por ello es capaz de ser firme a la hora de declinar una oferta de trabajo tentadora en el aspecto financiero que no es acorde con sus principios y metas de largo plazo. Una persona que carezca de autoconciencia, en cambio, está dispuesta a tomar decisiones que le traerán agitación interna porque pisotean sus valores. Al cabo de dos años en su trabajo, podría decir: "El dinero era muy bueno, por eso firmé el contrato, pero este trabajo representa tan poco para mí, que estoy constantemente aburrido". Por el contrario, las decisiones de las personas autoconscientes son acordes con sus valores y, en consecuencia, encuentran que su trabajo las llena de vigor.

¿Cómo puede uno reconocer la autoconciencia? En primer lugar, ésta se presenta como desprevención y habilidad para evaluarse a sí mismo en forma realista. Las personas con alta autoconciencia son capaces de hablar en forma abierta y precisa, aunque no necesariamente de forma efusiva, acerca de sus emociones y del impacto que éstas tienen en su trabajo. Por ejemplo, una gerente que era escéptica frente a un nuevo servicio de compra personal que iba a introducir al mercado su empresa, una gran cadena de tiendas por departamentos. Sin que

hubiera recibido preguntas de su grupo o de su jefe, les explicó: "Para mí, es duro quedarme detrás de este servicio - admitió ella - porque yo realmente quería dirigir el proyecto, pero no fui seleccionada. Por favor, ténganme paciencia mientras me adapto a la situación". Esta gerente examinó sus sentimientos y una semana después estaba apoyando totalmente el proyecto.

A menudo, este tipo de autoconocimiento se nota en el proceso de selección de personal. Pídale a un aspirante a un puesto que describa algún momento en el cual se haya dejado llevar por sus sentimientos y haya hecho algo de lo que se haya arrepentido después. Los aspirantes autoconscientes serán francos al admitir sus fallas y probablemente contarán la historia con una sonrisa en la cara. Una de las marcas claves del autoconocimiento es un sentido del humor capaz de burlarse de sí mismo.

La autoconciencia también puede ser identificada mediante las evaluaciones de desempeño. Las personas autoconscientes conocen sus fortalezas y sus debilidades, y se sienten cómodas al hablar de éstas; muchas veces con un afán por la crítica constructiva. En contraste, las personas con baja autoconciencia interpretan el mensaje de que tienen que mejorar como una amenaza o un signo de fracaso.

Otra forma como se puede identificar a las personas autoconscientes es por la confianza en sí mismas. Tienen una fuerte comprensión de sus capacidades y son menos propensas a dejarse llevar al fallo con tareas en exceso forzadas, por ejemplo. También saben cuándo pedir ayuda. Los riesgos que toman en su trabajo son calculados. Nunca aceptarán un reto que saben que no pueden manejar solos. Ellos juegan al nivel de sus propias capacidades.

En el estudio, consideramos las acciones de una empleada de nivel medio que ha sido invitada a participar en una reunión de estrategia con los miembros de la alta gerencia de la empresa. A pesar de ser la persona más joven en la reunión, no permaneció callada, escuchando en un silencio temeroso. Ella sabía que contaba con una lógica clara y con una habilidad para presentar sus ideas de manera persuasiva, así que presentó sugerencias convincentes con respecto a la estrategia de la compañía. Al mismo tiempo, la propia conciencia de sí misma la retuvo para no entrar en territorios donde ella sabía que era más débil.

Las investigaciones indican que a pesar de lo valioso que resulta tener personas autoconscientes en el trabajo, en la búsqueda de líderes potenciales, muchos altos ejecutivos no le dan a esto el valor que se merece. Muchas veces confunden esta desprevisión respecto a los sentimientos con debilidad, y no les dan el debido respeto a los empleados que reconocen abiertamente sus limitaciones. Estas personas son descartadas fácilmente al considerar que no son "suficientemente fuertes" para liderar a otros.

La verdad es justamente lo contrario. En primer lugar, generalmente las personas admiran y respetan la desprevisión. Más aún, a los líderes constantemente se

les exige hacer juicios que requieren una evaluación cándida y desprevenida de sus capacidades y las de los demás. ¿Tenemos la pericia gerencial para adquirir a un competidor? ¿Podremos lanzar un producto en seis meses? Las personas que se evalúan a sí mismas honestamente - esto es, de forma autoconsciente - están preparadas para hacer lo mismo para las organizaciones que lideran.

AUTORREGULACIÓN

Los impulsos biológicos de la autorregulación manejan nuestras emociones. No los podemos dejar de lado, pero sí podemos hacer mucho para manejarlos. La autorregulación, que es como una conversación interna continuada, es el componente de la inteligencia emocional que nos libera de ser prisioneros de nuestros sentimientos. Quienes están comprometidos con esta conversación sienten - como cualquiera - mal humor e impulsos emocionales, pero encuentran la manera de controlarlos y canalizarlos en forma útil. Imaginemos a un ejecutivo que acaba de observar a un grupo de sus empleados exponiendo un análisis mediocre a la junta directiva de la empresa. Después del fracaso, el ejecutivo puede estar tentado a golpear la mesa con furia o hasta patear una silla. Podría dar un salto y gritarle a todo el grupo. O podría también mantener un silencio sepulcral, mirando a cada uno antes de emprender su salida.

Si él tuviera el don de la autorregulación, tomaría otro camino. Escogería cuidadosamente sus palabras, reconociendo el pésimo desempeño del grupo, pero sin adelantarse a hacer juicios precipitados. Después se haría a un lado para reflexionar sobre las razones del fracaso. ¿Serían razones personales o faltas de esfuerzo? ¿Existe algún factor atenuante? ¿Cuál fue el papel que el ejecutivo cumplió en esta debacle? Después de hacerse estas preguntas, llamaría a todo el equipo, expondría las consecuencias del incidente y presentaría sus sentimientos frente al hecho. Después presentará un análisis del problema y una solución conveniente.

¿Por qué es tan importante la autorregulación para los líderes? En primer lugar, las personas que están en control de sus sentimientos e impulsos, son razonables y capaces de crear un ambiente de confianza y equidad. En este tipo de ambientes, la politiquería y las peleas internas se reducen drásticamente y la productividad aumenta. Las personas con talento se congregan en la organización y no están tentadas a dejarla. La autorregulación tiene un efecto multiplicador hacia abajo. Nadie quiere ser reconocido como alguien exaltado y de mal genio cuando el jefe es conocido por su serenidad. Menos mal humor en los altos niveles significa aún menos mal humor en toda la organización.

Segundo, la autorregulación es muy importante por razones competitivas. Todos sabemos que en la actualidad los negocios están llenos de ambigüedad y cambio. Las empresas se fusionan y se separan regularmente. La tecnología transforma el trabajo a un ritmo vertiginoso. Quienes logran dominar sus emociones pueden manejar los cambios. Cuando se anuncia un nuevo programa de cambio no entran

en pánico. Por el contrario, son capaces de suspender los juicios y empezar a buscar información y escuchar a los ejecutivos que explican el nuevo programa. A medida que las iniciativas avanzan, son capaces de moverse junto con ellas.

Algunas veces, incluso lideran el camino. Consideremos el caso de la gerente de una gran empresa manufacturera. Al igual que sus colegas, había utilizado un tipo específico de software durante cinco años. El programa determinaba la forma en que ella recolectaba y reportaba datos y cómo pensaba acerca de la estrategia de la empresa. Un día, los altos ejecutivos anunciaron que un nuevo programa sería recolectado y evaluado en la organización. Mientras que muchos de los empleados se quejaron frente a lo destructivo que serían los cambios, la gerente estudió las razones para justificar el nuevo programa y se convenció de su potencial para mejorar el desempeño. Asistió ansiosamente a las sesiones de entrenamiento, mientras que muchos de sus colegas se negaron a hacerlo, y fue promovida para manejar varias divisiones, en parte porque aprendió a utilizar la tecnología de forma muy efectiva.

Quiero hacer énfasis de nuevo en la importancia de la autorregulación en el liderazgo y sentar precedente de que ésta refuerza la integridad, que no es sólo una virtud personal sino también una fortaleza organizacional. Muchas de las cosas negativas que ocurren en las empresas son resultado de los comportamientos impulsivos. Las personas raramente hacen el plan de inflar sus utilidades, engrosar artificialmente las cuentas de gastos o abusar del poder para fines egoístas. Pero cuando se presenta una de estas oportunidades, las personas que tienen escaso control de sus impulsos dicen sí, y caen.

En contraste, consideremos el comportamiento de un alto ejecutivo de una gran compañía de alimentos. Este era escrupulosamente honesto en sus negociaciones con los distribuidores locales. Rutinariamente exhibía su estructura de costos en detalle y les daba a los distribuidores un entendimiento realista del enfoque de fijación de precios de la empresa. Este enfoque implicaba que el alto ejecutivo no siempre podía regatear. Después, sintió la necesidad de aumentar sus ganancias con la retención de información con respecto a los costos de la empresa. Pero desafío ese impulso y se dio cuenta de que tenía mucho más sentido contrarrestarlo. Su autorregulación emocional generó relaciones fuertes y duraderas con los distribuidores, cosa que benefició a la empresa mucho más que cualquier ganancia financiera de corto plazo.

Por tanto, las señas de la autorregulación emocional no son difíciles de pasar por alto: propensión a la reflexión y el pensamiento, conformidad con la ambigüedad y el cambio, integridad y habilidad para decir no a los instintos impulsivos.

Como la autoconciencia, la autorregulación tampoco se recompensa con frecuencia. Las personas que pueden dominar sus emociones son consideradas muchas veces como frías y faltas de pasión. Las que tienen temperamentos vehementes son consideradas como los líderes clásicos, sus explosiones son

consideradas como signos de carisma y poder. Cuando este tipo de personas llega a lo más alto, su impulsividad muchas veces juega en contra de ellas. En las investigaciones, las demostraciones extremas de emociones negativas nunca han surgido como motor de un buen liderazgo.

MOTIVACIÓN

Si hay una cualidad que casi todos los líderes poseen es la motivación. Los líderes son impulsados a alcanzar logros por encima de las expectativas propias y las de los demás. La palabra clave aquí es "lograr". Muchas personas son motivadas por factores externos, como un salario alto o el status resultante de tener una posición con un título llamativo, o formar parte de una empresa prestigiosa. En contraste, quienes tienen potencial para ser líderes se motivan por un deseo profundamente enraizado de tener logros, por el hecho mismo de alcanzarlos.

Si está buscando líderes, ¿cómo puede distinguir aquellos que están motivados por el impulso del logro y los que están movidos por recompensas externas? La primera señal es una pasión por el trabajo mismo: estas personas buscan desafíos creativos, les encanta aprender y se enorgullecen del trabajo bien hecho. También despliegan una incansable energía para hacer mejor las cosas. Personas con este tipo de energía a menudo parecen impacientes con el statu quo. Son muy persistentes con cuestionamientos acerca de por qué las cosas se hacen de una forma y no de la otra; y están ansiosas por explorar nuevos enfoques en su trabajo.

Por ejemplo, el gerente de una empresa de cosméticos estaba frustrado por tener que esperar dos semanas para obtener resultados de ventas por parte de las personas en el terreno. Finalmente, encontró un sistema telefónico automatizado que haría sonar un beeper para todos sus vendedores todos los días a las cinco de la tarde que los impulsara a digitar sus cifras. En otras palabras, cuántas llamadas y ventas habían hecho cada día. Este sistema disminuyó el tiempo de retroalimentación en venta de varias semanas a algunas horas.

Esta historia ilustra otras dos cualidades comunes de las personas que están orientadas al logro. Siempre quieren incrementar su nivel de desempeño y siempre quieren tener registros de ese nivel. Durante las evaluaciones de desempeño, las personas con alta motivación suelen pedir a sus superiores que les exijan más. Claro está, un empleado que combine la autoconciencia con la motivación interna reconocerá sus límites, pero no por ello se transará por objetivos que son demasiado fáciles de cumplir. Y esto deriva naturalmente que las personas que tienen el impulso de desempeñarse mejor quieren tener una forma de seguirle la pista a su propio progreso, al de su equipo y al de su empresa. Mientras que las personas con baja motivación hacia el logro son, en ocasiones, muy quisquillosas con respecto a los resultados, aquellas con alta motivación hacia el logro registran su desempeño con medidas como rentabilidad o participación en el mercado. Conozco un tesorero que inicia y finaliza su día en

Internet, midiendo el desempeño de su portafolio de acciones contra cuatro referencias de la competencia.

Es interesante anotar que las personas con alta motivación permanecen optimistas, aun cuando la calificación de su desempeño esté en su contra. En estos casos, la autorregulación se combina con la motivación al logro para sobrellevar la frustración y la depresión que aparece después de un fracaso o un retroceso. Tomemos el caso de una gerente que maneja una cartera de clientes en una gran compañía de inversión. Después de varios años exitosos, sus fondos se desplomaron durante tres trimestres consecutivos y llevaron a tres grandes clientes institucionales a trasladar sus negocios a otra parte. Algunos ejecutivos habrían podido responsabilizar de este "irse a pique" a circunstancias fuera de su control; otros habrían podido tomar este retroceso como evidencia de fracaso personal. Sin embargo, la gerente vio en esto una oportunidad para probar que podría liderar un remezón. Dos años después, cuando fue promovida a un nivel muy alto en la compañía, describió esta experiencia como "la mejor que le pudo haber pasado. Aprendí mucho de esto".

Los ejecutivos que tratan de identificar altos niveles de motivación hacia el logro en su equipo pueden buscar una última evidencia: compromiso hacia la organización. Cuando las personas quieren su empleo por el trabajo en sí, se sienten muchas veces comprometidas con las organizaciones que hacen posible el trabajo. Los empleados comprometidos tienden a permanecer con las organizaciones aún cuando son perseguidos por el dinero que ondean los cazatalentos.

No es difícil entender cómo y por qué la motivación al logro se puede traducir en un fuerte liderazgo. Si uno se establece una escala de desempeño alta para sí mismo, cuando se encuentre en una posición adecuada hará lo mismo para la organización. De la misma forma, una orientación a sobrepasar las metas y un interés por llevar registros de desempeño, puede ser contagiosa. Los líderes con estas cualidades a menudo pueden rodearse de un equipo de gerentes con las mismas cualidades. Por supuesto, el optimismo y el compromiso organizacional son fundamentales para el liderazgo.

EMPATÍA

De todas las dimensiones de la inteligencia emocional, la empatía es la más fácil de reconocer. Todos sienten la empatía de un profesor o un amigo sensible y se ha golpeado su ausencia cuando estamos con un jefe o entrenador insensible. Pero cuando se trata de negocios, raramente se oye que las personas son elogiadas o recompensadas por su empatía. La palabra misma parece alejada de la vida de los negocios y fuera de lugar entre las duras realidades del mercado.

Pero la empatía no tiene que ver con aquel sentimentalismo del estilo de "yo estoy bien, tú estás bien". Para un líder, la empatía no significa adoptar las emociones de otros como propias y tratar de complacer a todos. Esto sería una pesadilla y haría la acción imposible. Por el contrario, empatía significa considerar los sentimientos de los empleados, junto con otros factores, en el proceso de tomar decisiones inteligentes. Para un ejemplo de empatía en acción, consideremos lo que ocurrió cuando dos grandes compañías de corredores de bolsa se fusionaron y crearon cargos redundantes en todas las divisiones. Un gerente de división reunió a su gente y les dio un triste discurso para anunciar que varias personas pronto serían despedidas. El gerente de otra división le dio a su gente un discurso muy diferente. No ocultó sus preocupaciones y confusión, y prometió que mantendría a todos informados y los trataría justamente.

La diferencia entre estos dos gerentes era la empatía. El primer gerente estaba muy preocupado por su propio destino para ponerse a considerar los sentimientos de sus colegas golpeados por la ansiedad. El segundo intuitivamente sabía qué estaba sintiendo su gente y reconoció sus preocupaciones con sus propias palabras. ¿Es acaso una sorpresa que el primer gerente haya presenciado el hundimiento de su división mientras muchas personas desmoralizadas, en especial las más talentosas, se marchaban? En contraste, el segundo gerente continuó siendo un líder fuerte, las mejores personas se quedaron y su división siguió tan productiva como siempre.

Como componente del liderazgo, la empatía es particularmente importante en la actualidad, por lo menos por tres razones: el creciente uso de equipos de trabajo, la velocidad de la globalización y la necesidad de retener el talento. Consideremos la necesidad de liderar un equipo: como lo podrá confirmar cualquiera que haya formado parte de un equipo, éstos son calderas saturadas de emociones en ebullición. Muchas veces se les pide a quienes pelean llegar a un acuerdo, pero si esto es difícil entre dos personas, es mucho más complicado cuando los miembros del equipo aumentan. Hasta en pequeños grupos de cuatro o cinco miembros se forman alianzas y se establecen agendas interpuestas. El líder de un equipo debe ser capaz de percibir y entender los puntos de vista de cada uno de los miembros alrededor de la mesa de trabajo.

Esto es exactamente lo que hizo una gerente de marketing en una gran empresa de tecnología de la información, cuando fue nombrada para liderar un equipo en problemas. El equipo se encontraba agitado, con una gran carga de trabajo y fechas límites sin cumplir. Las tensiones eran muy grandes entre los miembros. No era suficiente tratar de arreglar la situación con procedimientos para acercar al grupo.

Entonces, esta ejecutiva tomó varias medidas. En una serie de sesiones frente a frente, ella escuchó a cada uno de los miembros del grupo hablar sobre lo que los estaba frustrando, cómo evaluaban a sus colegas y si sentían que habían sido ignorados. Después dirigió su equipo en una forma que los acercó: fomentó que las personas hablaran abiertamente de sus frustraciones y ayudó a la gente a

lanzar críticas constructivas durante las reuniones. En pocas palabras, su empatía le permitió entender el estado emocional del equipo. El resultado no fue únicamente una mayor colaboración entre los diversos miembros, sino también la aparición de negocios adicionales, pues el equipo fue convocado para ayudar a una variada gama de clientes internos.

La globalización es otra razón para la creciente importancia de la empatía en los líderes de negocios. El diálogo intercultural puede llevar fácilmente a equivocaciones y malentendidos. La empatía es el antídoto. Las personas que la poseen están sintonizadas con las sutilezas del lenguaje corporal, pueden escuchar el mensaje detrás de las palabras habladas. Más allá de esto, tienen un profundo entendimiento de la existencia e importancia de las diferencias étnicas y culturales.

Si se considera el caso de una firma consultora estadounidense cuyo equipo acababa de exponer un proyecto a un potencial cliente japonés. En sus relaciones anteriores con sus clientes estadounidenses, el equipo estaba acostumbrado a ser bombardeado con preguntas después de cada propuesta, pero esta vez fueron recibidos con un profundo silencio. Varios miembros del equipo, tomando ese silencio como señal de desaprobación, estaban listos para empacar y marcharse. El consultor líder les hizo señas para que se detuvieran. A pesar de que no le era particularmente familiar la cultura japonesa, él pudo leer la expresión de la cara y la postura del cliente y no percibió rechazo, sino interés y profunda consideración. Estaba en lo cierto: cuando el cliente finalmente habló, fue para otorgarle el proyecto a la firma de consultoría.

Finalmente, la empatía juega un papel clave en la retención del talento, particularmente en la economía actual de la información. Los líderes siempre han necesitado la empatía para desarrollar y retener a la gente buena, pero ahora lo que está en juego es más importante. Cuando las personas excelentes se marchan, se llevan el conocimiento de la compañía con ellas.

Aquí es donde aparecen la consultoría y la tutoría. En repetidas ocasiones, se ha demostrado que la consejería y la tutoría son provechosas, no sólo para un mejor desempeño, sino también para una mayor satisfacción en el trabajo y una disminución de la rotación. Sin embargo, lo que hace que la consultoría y la tutoría funcionen mejor es la naturaleza de la relación. Los consejeros y mentores sobresalientes impactan las cabezas de las personas a quienes ayudan. Ellos perciben cómo dar una retroalimentación efectiva y saben cuándo empujar para un mejor desempeño y cuándo frenar. En la forma como motivan a sus protegidos, están demostrando empatía en acción.

Aunque parezca que se repite un refrán, la empatía no goza de mucho respeto en los negocios. Las personas se preguntan cómo hacen los líderes para tomar

decisiones complicadas si están "sintiendo" por todos los afectados. Pero los líderes con empatía hacen mucho más que simpatizar con las personas que se encuentran a su alrededor: utilizan su conocimiento para mejorar sus empresas en forma sutil, pero importante.

HABILIDADES SOCIALES

Los tres primeros componentes de la inteligencia emocional son habilidades de automanejo. Las dos últimas - empatía y habilidades sociales - tiene que ver con la capacidad de las personas para manejar las relaciones con los demás. Como componente de la inteligencia emocional, las habilidades sociales no son tan sencillas como parecen. No es sólo una cuestión de ser amistoso, a pesar de que las personas con altos niveles de habilidades sociales rara vez no lo sean. Por el contrario, la habilidad social es amistad con un propósito: conducir a las personas hacia la dirección que se desee, ya sea un acuerdo para una nueva estrategia de marketing o entusiasmo frente a un nuevo producto.

Las personas con habilidades sociales tienden a tener un amplio círculo de conocidos y tienen un don para encontrar cosas en común con personas de todo tipo. En otras palabras, un don para despertar simpatía. Esto no quiere decir que socialicen continuamente. Significa que trabajan conforme a la suposición de que nada importante se puede hacer solo. Estas personas tienen una red de conocidos lista para ser activada cuando es necesario.

Las habilidades sociales son la culminación de las otras dimensiones de la inteligencia emocional. Las personas tienden a ser muy afectivas al manejar relaciones en las cuales puedan entender y controlar sus propias emociones y puedan tener empatía con los sentimientos de los otros. Incluso la motivación contribuye a las habilidades sociales. Recordemos que las personas que están orientadas al logro tienden a ser optimistas, a pesar de los fracasos y retrocesos. Cuando las personas están muy bien, su "brillo" se ve reflejado en las conversaciones y encuentros sociales. Son populares, y con razón.

Al ser resultado de otras dimensiones de la inteligencia emocional, las habilidades sociales son reconocibles en el trabajo en muchas formas que sonarán familiares. Por ejemplo, las personas con habilidades sociales son adeptas al manejo de equipos de trabajo: ésta es la empatía en pleno funcionamiento. Así mismo, son expertas en persuasión: ésta es una manifestación que combina autoconciencia, autorregulación y empatía. Dadas estas habilidades, quienes son buenos para persuadir saben cuándo deben hacer una súplica emotiva y cuándo funcionará mejor un llamado a la razón. La motivación, cuando es visible públicamente, hace de estas personas excelentes colaboradores: su pasión por el trabajo se expande a los otros y éstos se ven impulsados a buscar soluciones.

Pero algunas veces, la habilidad social se manifiesta en formas diferentes a como lo hacen los otros componentes de la inteligencia emocional. Por ejemplo, algunas veces puede pensarse que las personas con habilidades sociales no hacen nada en su trabajo. Parecen más bien estar charlando en los pasillos con los colegas, o bromeando con personas que ni siquiera están conectadas con sus verdaderos trabajos. Estas personas piensan que no tiene sentido limitar arbitrariamente el alcance de sus relaciones. Tejen amplios lazos, pues saben que en estos tiempos pueden necesitar la ayuda de personas que empiezan a conocer.

Este es el caso de un ejecutivo en el departamento de estrategia de una empresa global que fabrica computadoras. Para 1993, estaba convencido de que el futuro de la empresa era Internet. Durante el año siguiente, encontró gente parecida y utilizó su habilidad social para reunir toda una comunidad virtual que iba más allá de niveles, divisiones y naciones. Después utilizó este equipo de facto para crear un sitio web corporativo, que fue uno de los primeros que tuvo una gran empresa. Por su propia iniciativa, sin presupuesto ni un status formal, inscribió a la empresa para participar en una convención anual de la industria de Internet. Con un llamado a sus aliados y persuadiendo a varias divisiones para donar fondos, reclutó a más de cincuenta personas de una docena de unidades diferentes para que representaran a la compañía en la convención.

La gerencia tomó nota: en un año, el equipo de este ejecutivo conformó la base para la primera división de Internet de la empresa y fue nombrado formalmente como encargado de esa. Para poder llegar allí, el ejecutivo había ignorado todos los límites convencionales, forjando y manteniendo conexiones con personas en cada lugar de la organización.

¿La habilidad social está considerada una capacidad clave de liderazgo en las empresas? Sí, en especial cuando se compara con otros componentes de la inteligencia emocional.

La gente parece saber intuitivamente que los líderes necesitan manejar relaciones de manera efectiva. Ningún líder es una isla. Después de todo, la labor de éste es la de hacer el trabajo con la ayuda de otras personas y las habilidades sociales permiten que los líderes pongan a trabajar su inteligencia emocional.

Sería tonto afirmar que el tradicional cociente intelectual y las habilidades técnicas no son ingredientes importantes para un fuerte liderazgo. Pero la receta no estaría completa sin la inteligencia emocional. Alguna vez se pensó que "sería simpático y positivo" que los líderes de los negocios tuvieran los componentes de la inteligencia emocional. Ahora ya sabemos que, para que el desempeño sea superior, los líderes deben tener estos ingredientes. Entonces, es afortunado que la inteligencia emocional pueda aprenderse. El proceso no es fácil. Toma tiempo y más que todo compromiso, pero los beneficios de tener una inteligencia emocional bien desarrollada, tanto para el uso individual como para el de la organización, hacen que valga la pena el esfuerzo.

Saber Soltar: Una sabia decisión

Según un relato asiático, una corneja encontró un pedazo de alimento podrido y remontó el vuelo. De inmediato otras cornejas le siguieron para arrebatárselo; al inicio se aferró a él y eso provocó que más aves rapiñas le persiguieran. Al aproximarse a una empinada montaña se percató que no podría rebasar la altura de la misma dado el peso de su carga. Las otras aves se le acercaban con el claro deseo de acabar con ella y apropiarse del alimento. Ante el inminente peligro, decidió soltar su carga y pudo observar como las otras aves guerreaban entre ellas por el trozo de comida podrida y morían al estrellarse contra las rocas de la montaña. Mientras tanto, la corneja se enrumbó libre y segura hacia el firmamento, superando con facilidad las cumbres que encontró en su alto vuelo.

En igual forma, los equipos corren peligro si cargan “alimentos podridos” tales como: falsas creencias en su incapacidad, divisiones internas, confusión en sus estrategias de acción, temores, egos inflados, conformismo, adicción al elogio, ausencia de hambre de gloria e inexistencia de objetivos compartidos. Todo esto causa un sobrepeso mental y emocional en el equipo y de allí el riesgo de que se estrellen contra la montaña de los grandes desafíos. Sin importar quiénes llevan más peso negativo, al final todos sus miembros pagarán el precio del fracaso.

¡Saber soltar! Ésa es la decisión más inteligente que pueden tomar los jugadores de un equipo sobrecargado con “malos alimentos”; y deben hacerlo ya, antes de que sea demasiado tarde.

Lo primero que tendrán que soltar son las autoimágenes negativas, a las cuales algunos miembros podrían estar aferrados. Según Margaret Pinkerton, hay personas que se atrincheran equivocadamente en sus debilidades porque confían en ellas al conocerlas, las han convertido en hábitos y son temerosas al cambio. Al descargar lo negativo quedarán espacios que deben llenarse con autoestima, orgullo, sentido de pertenencia y pasión por triunfar. También será necesario que cada jugador se perdone a sí mismo por haber padecido, en determinados momentos, de rabia por sus errores, actitudes derrotistas y resentimientos hacia los demás compañeros. Al hacerlo, será más fácil que todos los miembros se perdonen entre ellos por haber llevado cargas negativas al equipo; así se recobrará esa sensación de paz, armonía y esfuerzo colectivo que un equipo necesita para remontar el vuelo hacia las grandes alturas.

El jugador actúa según lo que piensa de sí mismo; si se motiva ante el desafío y es sensato, ambicioso y humilde, entonces podrá dejar atrás las cargas innecesarias que le impedían volar alto, lo cual depende única y exclusivamente de él. Como dice una máxima de Oriente: ¡Saber soltar, allí está la verdadera sabiduría!

German.retana@incae.edu 27 de marzo, 2007.

Habilidades Comunicativas Inteligencia Emocional

Docente: Ana María Sevilla

Octubre, 2010

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL y DERECHO PROCESAL PENAL

Syllabus

I. DATOS GENERALES

Módulo:	I Módulo
Nombre del curso:	Desarrollo de Habilidades Comunicativas
Edición:	IV
Modalidad:	Sabatina
Número de créditos:	2 créditos
Total de horas:	6 horas presenciales y 4 horas de trabajo práctico
Elaborado por:	Ana María Sevilla Gómez
Autorizado por (firma y sello):	Dr. Manuel Aráuz – Decano

II. FUNDAMENTACIÓN

Desde finales del siglo XX se ha dado un cambio extraordinario en el desarrollo del conocimiento a nivel mundial. Se habla que vivimos en una sociedad del conocimiento como factor clave del desarrollo. Esta nueva realidad exige una formación constante y permanente en los profesionales que posibiliten encontrar soluciones a problemas cruciales de la sociedad.

La UCA, animada por dar el mayor servicio, fiel al magis ignaciano, tiene la misión de ser una comunidad de aprendizaje integral y cultivo del pensamiento crítico y propositivo. Como institución lleva adelante importantes esfuerzos por la mejora continua de los programas de posgrado. En tal sentido, esta asignatura Estrategias y Técnicas de Aprendizaje, pretende contribuir al desarrollo del Perfil de Competencias Genéricas del estudiante de los programas de posgrado, orientando en sus estudiantes las capacidades de aprender a aprender y aprender a emprender de manera colaborativa, autónoma y responsable de sus propios actos y decisiones.

Esta asignatura forma parte de la Dimensión Básica del Plan de Estudio de los programas de posgrado, con la finalidad de dotar al estudiante de un proceso reflexivo y crítico del aprendizaje y de su rol activo frente al mismo, para lograr un adecuado desempeño en los estudios de posgrado que faciliten el aprendizaje significativo. Asimismo, contribuye al desarrollo de habilidades, actitudes y valores consignados en el Perfil Académico Profesional de la Especialización.

El conocimiento en la sociedad actual, se produce con gran velocidad y sus contenidos son dinámicos en lo que se refiere a su producción y la forma de presentarlos. Los contenidos de este conocimiento son dinámicos no sólo en cuanto a su producción sino en cuanto a sus formas de presentación, de comunicación y a sus fuentes; se hace necesario poder procesar grandes cantidades de información, rápidamente y con efectividad.

La lectura eficiente es la gran herramienta para hacerlo. De una lectura eficiente se deriva una escritura eficiente. Cuando leemos, no sólo procesamos información, sino que abordamos los procesos comunicativos, específicamente el lenguaje, entendido, no como el idioma en el que se comunican los grupos sociales, sino como todos los procesos cognitivos que implica esa maravillosa capacidad propia de la persona humana.

Estos procesos son universales, razón por la cual no tienen idioma sino representaciones mentales. Por ejemplo, cuando podemos representar en nuestra mente un conjunto de ideas escritas en un texto, como si fuera una película, no le adjudicamos un idioma específico, sino una representación en nuestra memoria. Esa representación mental que se produce es cognitiva y obedece a la utilización de los procesos básicos de pensamiento: observación, clasificación, análisis, síntesis, evaluación, etc.

La intención del lector, cuando realiza la lectura, influye en su captación. Así, en la misma actividad (leer) realizamos tareas diferentes: si leemos para encontrar una información específica, si leemos para captar la idea general, si leemos en profundidad para conocer un texto específico o si leemos para establecer un juicio crítico. Cuando leemos con la intención de aprender debemos inicialmente comprender lo leído de lo contrario la información no pasará a nuestra memoria de largo plazo.

Esta memoria de largo plazo es permanente y susceptible de recuerdo y es la que nos permite acumular organizadamente en nuestra mente, estructuras cognitivas o esquemas mentales para seguir conociendo.

III. OBJETIVOS GENERALES

Al finalizar el curso los y las estudiantes estarán en capacidad de:

1. Reflexionar a partir de la teoría constructivista las concepciones del aprendizaje, a fin de comprender su lógica, regular y mejorar su propio proceso de aprender.
2. Comprender la importancia de la Inteligencia Emocional para el desarrollo personal y su influencia en el aprendizaje.
3. Implementar estrategias de aprendizaje y técnicas de estudio que faciliten la actividad académica y permitan construir aprendizajes significativos y funcionales, considerando el contexto de la educación universitaria.

4. Motivarse a una incorporación activa a la vida académica del programa, promoviendo un ambiente que facilite el trabajo colaborativo.

IV. ESQUEMA DE CONTENIDOS Y DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO

Nombre del curso	Número de la Unidad o tema	Nombre de la Unidad o tema	Horas de atención directa del docente	Horas de autoestudio	Total de horas
Módulo I					
ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL					
Desarrollo de Habilidades Comunicativas		La lectura comprensiva, técnicas de lectura rápida y técnicas de redacción	6	4	10
Total			24 Horas	16 Horas	40 horas

V. PROGRAMA ANALÍTICO

Los contenidos de la asignatura se han distribuido en tres temas interrelacionados entre sí. El primer tema consiste en una introducción al análisis de la contribución de la inteligencia emocional al proceso de aprendizaje. El segundo tema aborda como aprendemos, los estilos y estrategias de aprendizaje y técnicas de estudio para aprender. El tercer tema desarrolla estrategias de lectura comprensiva, recomendaciones para la lectura rápida y el proceso de redacción.

Unidad 3. La lectura comprensiva, técnicas de lectura rápida y técnicas de redacción

• Objetivos específicos

1. Reconocer la importancia de la lectura comprensiva en los procesos de aprendizaje con el fin de mejorar los mismos.
2. Experimentar y aplicar las estrategias de lectura comprensiva a sus hábitos de lectura para optimizar su proceso de aprendizaje.
3. Implementar técnicas de estudio y de redacción que faciliten la actividad académica y permitan construir aprendizajes significativos y funcionales, considerando el contexto de la educación universitaria.

• Contenidos

1. Estrategias de lectura comprensiva (**2 horas presenciales**)
2. Lectura rápida (**2 horas presenciales y 2 horas de trabajo práctico**)

3. Técnicas de redacción (2 horas presenciales y 2 horas de trabajo práctico)

VI. ORIENTACIONES METODOLÓGICAS

Se implementarán estrategias metodológicas participativas, dinámicas e interactivas, de tal forma que el proceso de aprendizaje se centra en el sujeto que aprende, quienes intervienen asumiendo su rol protagónico a través de las lecturas, confrontación de experiencias, comprensión y reelaboración de conceptos, reflexión y aplicación de las estrategias y técnicas para la obtención de un aprendizaje significativo.

El curso proveerá habilidades básicas para contribuir a enfrentar con éxito los estudios de especialización, por tanto, es indispensable la motivación y participación activa del estudiante, a fin de asumir una postura crítica frente a su proceso de aprendizaje.

El papel de las docentes es de facilitación de los procesos que conlleven al logro de los objetivos de aprendizaje planteados, propiciando un ambiente reflexivo y crítico, tomando en cuenta las características del estudiante adulto y profesional. Se hará énfasis en la puntualidad, la asistencia, la participación y el cumplimiento de las tareas asignadas.

VII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Es una evaluación de proceso, con enfoque de autorregulación, retroalimentación y mejora durante el desarrollo de los temas. Se hará uso de la evaluación diagnóstica, formativa y sumativa.

La evaluación diagnóstica parte de las concepciones y grado de conocimiento del estudiantado frente a los contenidos. La evaluación formativa no se califica como tal pero permite valorar el alcance de los objetivos de aprendizaje, la cual se expresa a través de la participación del estudiante, su comprensión y aplicación de las estrategias y técnicas y el proceso reflexivo de cara a los temas abordados. La evaluación de esta Unidad será en base a un trabajo final con un valor de 100%. El trabajo final será entregado una semana después que finalice la asignatura.

VIII. LISTA DE REFERENCIAS

MORENO, Jessica, (2008). Presentación del tema: Lectura Comprensiva. Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua.

MORENO, Jessica, (2008). Presentación del tema: Redacción. Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua.

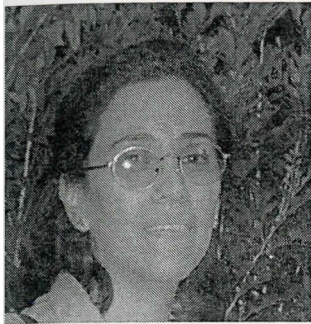
ROMANO, Eva, 2008. El proceso de aprendizaje, estrategias y técnicas. Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua.

- **Otras páginas de interés**

<http://espanol.search.yahoo.com/search?p=Luis+Achaerandio%2C+S.J%2B+lectura+comprensiva&fr2=sb-bot&fr=yfp-t-726>

<http://courseware.url.edu.gt/PROFASR/Estudiantes/FacultadCienciasSocialesyPluriculturalidad/Guatemala/Textospedagogicos/Reflexioneslalecturacompreensiva.pdf>

Curso: Desarrollo de Habilidades Comunicativas



Ana María Sevilla

Es Profesora en educación bilingüe Español – Inglés, con amplia experiencia en asesoría pedagógica a entidades educativas. Capacitación Profesional dirigida a maestros, profesores en áreas de educación formal y educación popular. Demostrada experiencia en Administración Educativa y dirección de varios tipos de Centros de Enseñanza. Amplio conocimiento de las actividades de planificación, monitoreo y evaluación de Programas Sociales. Animación, guía y seguimiento a grupos juveniles.

Dentro de sus estudios destacan un programa profesional avanzado “Fundamentos y metodología de la investigación socio educativa” por la Universidad Centroamericana (2007). Maestría en Pedagogía por la Universidad Autónoma de Nicaragua (2006). Posgrado “Formulación de Políticas y Gestión de Reformas Educativas” por PREAL-UCA (1997). Licenciatura en ciencias de la educación con mención en ingles por la UNAN, Managua (1989).

Actualmente, la Prof. Sevilla se desempeña como Asistente Pedagógica de Pregrado en la Universidad Centroamericana: Imparte en los programas de pre grado de esta Casa de Estudio la asignatura Reflexión Teológica y en los programas de posgrado imparte la asignatura de Estrategias y técnicas de aprendizaje. Ha participado en diversos talleres y consultorías propiciados por IDEUCA-PN, FAMA, ABACO, Educación sin Fronteras, Compañía Cervecera de Nicaragua, Connect International, entre otros.

TEMA 1

Cómo mejorar la Lectura Comprensiva

Luis Achaerandio, S.J
Agosto 2006

"Si consiguiéramos aumentar significativamente el número de ciudadanos que sepan leer comprensivamente, produciríamos la más importante revolución educativa, cultural y social de nuestra historia".

(parafraseando una frase de FELIPE GARRIDO)

1. Qué es leer comprensivamente?

Mucho se ha escrito sobre la lectura comprensiva, como actividad mental para comprender un texto escrito.

Los autores están de acuerdo en que comprender un texto es una actividad constructiva, interactiva y estratégica:

Actividad constructiva, porque el buen lector no copia o transpasa sencillamente a su memoria, lo que dice el texto; el lector verdadero trata de construir una representación fiel y personal de los significados que sugieren las palabras y frases del autor. En esa construcción, el lector está influido por sus conocimientos previos o presaberes, por sus experiencias e interpretaciones, etc. Por eso se dice que la comprensión lectora es una construcción personal a partir de lo que el texto dice objetivamente.

Piaget habla de asimilación cuando explica el acto de comprender algo; en efecto, como nuestro cuerpo asimila el alimento que comemos transformándolo (y produciendo modificaciones en nuestro organismo), así la mente humana asimila las ideas de texto que lee comprensivamente, modificando y desarrollando el conjunto de los esquemas mentales del lector.

Según el constructivismo, en el acto de leer, el lector va asimilando, construyendo, modificando sus "esquemas mentales". ¿Qué son los "esquemas"? Son las "representaciones" que quedan grabadas en la mente (y en el sistema neuronal del cerebro, que es su base biológica), cuando alguien percibe, experimenta, recoge información; en una palabra, cuando uno aprende algo.

El conjunto de "esquemas" o "representaciones" se va construyendo y modificando a lo largo de la vida y de las experiencias de aprendizaje.

Los lectores y aprendices de lectores, presentan diferencias entre sí en su mejor o peor comprensión lectora, en función de la calidad y cantidad de los "esquemas" de "presaberes o conocimientos previos" que poseen; por ejemplo si un estudiante lee y aprende sólo mecánica y memorísticamente, tendrá una pobre calidad de esquemas mentales; a diferencia del que lee comprensivamente; la ventaja de éste es que, en su lectura, va realizando sucesivos aprendizajes significativos, es decir va construyendo una rica y poderosa base de "esquemas" mentales, que le facilitarán la calidad de sus lecturas y de sus siguientes aprendizajes significativos.

Actividad interactiva, porque esa interpretación y construcción del significado, que se da en la lectura comprensiva, se hace mediante la interacción activa entre el lector (sus conocimientos previos o esquemas), el texto (lo que plasmó el escritor en su texto) y el contexto (la situación, el tipo de sociedad, las circunstancias en que se hace la lectura, etc.; por ejemplo, no es lo mismo leer un examen de fin de bachillerato que una novela de Isabel Allende.

Actividad estratégica. En efecto, un buen lector, cuando se lanza a leer, tiene sus objetivos y su plan, por lo menos implícito, para el uso de estrategias de lectura que le convengan en el momento. Más adelante se tratará de las principales estrategias que un buen lector maneja para leer comprensivamente.

2. Niveles de lectura comprensiva.

A algunos autores no les agrada hablar de niveles al tratar de la calidad de la comprensión lectora, tal vez porque desde el nivel inferior del analfabeto total hasta el lector eminentemente experto, hay un "continuo", difícil de catalogar en escalones claramente definidos. Sin embargo, sí se pueden distinguir dos niveles, claramente diferenciables, el de los "microprocesos" y el de los "macroprocesos".

2.1. El nivel de "microprocesos". Es el que abarca desde la alfabetización inicial de "descodificación y codificación" de fonemas hasta la llamada comprensión lineal o literal. Este primer nivel comprende dos subniveles:

El primero, es el del niño de preprimaria o del analfabeto adulto que tienen que empezar por el microproceso, aparentemente sencillo de "conocer las letras" para construir y combinar palabras sencillas, y, a su vez, para descomponerlas en sonidos o fonemas; este aprendizaje, ejercitado infinitas veces, hace que se automaticen estos microprocesos que son la base de una buena comprensión lectora; estos son los conocidos microprocesos de descodificación y codificación, como un primer subnivel de los microprocesos de lectura.

A continuación vienen otros microprocesos un poco más complicados, que suelen llevar aparejada una sabrosa motivación intrínseca, de la lectura significativa de palabras y pequeñas frases que conectan al incipiente lector con sus propios presaberes; al principio, mientras se automatizan los procesos de descodificación, esta lectura "significativa" rudimentaria es lenta; después poco a poco se hace rápida; lo importante es que el aprendiz le encuentre sentido a la lectura respondiéndose a la pregunta ¿qué quiere decir esta palabra o esta frase? Este es un segundo nivel de microprocesos.

Muchos de los "alfabetizados" que llegan hasta ahí, no progresan, ni se ejercitan en la lectura, y, al cabo del poco tiempo vuelven a ser "analfabetas" totales. Otros muchos siguen leyendo párrafos y más párrafos, textos y más textos, pero siempre a nivel lineal, superficial, a niveles frívolos de comprensión, y siguen teniendo dificultad para detectar las ideas principales y la información central; estos son los lectores fracasados que no se ejercitan en generalizar, inferir, construir significados, integrar y estructurar las ideas que afloran a la superficie del texto. Estos lectores que, en sus lecturas se mantienen a nivel de microprocesos, son catalogados como de "pobre comprensión" y son parte de la inmensa masa de los que hoy se describen como "analfabetos funcionales"; estos son lectores que pueden llegar a captar el significado superficial de no pocas ideas y datos de los textos como si fueran un listado de elementos, pero no entran verdaderamente en su profundo significado; no hacen inferencias ni detectan la integración y estructuración global del texto y sus aplicaciones.

2.2. El nivel de macroprocesos. Es el nivel que debe alcanzar el buen lector si no quiere quedarse atrás en la categoría de los "analfabetas funcionales" que son muy frecuentes en nuestras aulas de secundaria y de las universidades. Para alcanzar el nivel lector de macroprocesos se requiere poder realizar, por lo menos, las siguientes seis funciones, además de tener automatizados los microprocesos de nivel inferior, antes citados:

1ª. El lector competente tiene conciencia de que el objetivo de la lectura que se propone hacer, es comprender el texto construyendo significado.

En el aprendizaje significativo o constructivo, que pretendemos con la lectura de un texto de estudio, no se trata de "reproducir información" mecánicamente, sino de contrastarla con nuestros presaberes para asimilarla, integrarla, comprenderla. Así "entendemos", "incorporamos", adquirimos nuevos conocimientos.

"Comprender" una información de un texto, es traducirla mentalmente a nuestras propias ideas. Es "aprender significativamente", es construir significados, cambiando y enriqueciendo nuestras ideas como consecuencia de su interacción con las nuevas informaciones que nos ofrece un texto u otro medio de información.

2ª. El lector activa sus "presaberes" o conocimientos previos pertinentes, que se relacionan con el contenido del texto.

3ª. El lector competente va discerniendo o distinguiendo las "ideas principales", de las menos importantes, y centra en aquellas su atención, poniéndolas en relieve y captando su significado esencial.

4ª. El lector aprecia ese significado esencial de la información, que ha encontrado en el texto y lo evalúa en función de la consistencia interna de esa nueva información (i"tiene sentido"!; i"qué interesante"! i"tiene poca lógica", etc.). También evalúa esa nueva información en función de la congruencia de tal información con sus presaberes y con el sentido común: (i"suenan bien con lo que yo conozco"!; o i"me suena raro"!; i"nunca había oído esto"!; etc.).

5ª. Extrae y prueba las inferencias a partir de lo que capta en el texto escrito y de la interacción de éste con los conocimientos previos.

6ª. Supervisa reflexivamente la esencia o claves de todos los procesos o funciones para ver cómo va su comprensión lectora y para seleccionar los puntos importantes y para mejorar su lectura; a esta función se llama "metacognición" y "autorregulación".

El nivel de macroprocesos supone el manejo inteligente de las "macrorreglas" de lectura que se citan a continuación:

- Supresión: Consiste en desechar la información inútil, redundante e irrelevante.
- generalización: Se substituyen varios enunciados por otro enunciado de orden superior que los abarque o englobe.
- construcción: Hace inferencias o enunciados explícitos a partir de señalamientos que se hacen en el texto acerca de ideas o enunciados implícitos.
- integración: Se producen resúmenes o macroestructuras integrando las informaciones relevantes de las distintas partes del texto.

Como se ve por lo que antecede, el "nivel de los macroprocesos" es claramente superior, en calidad, profundidad, complejidad, construcción de sentido, alcance, jerarquización y globalidad estructural, etc., al "nivel de microprocesos". Aunque se dice con razón que los niveles de comprensión se distribuyen en un "continuo" como una recta vertical, hay que decir también que tanto es más alto el nivel de lectura cuanto más profunda e integrada es la comprensión de los textos por el lector. Y también es claro que sólo el lector que llega a manejar habitualmente los macroprocesos, es un "buen lector", que realiza verdaderos aprendizajes significativos a partir de los textos escritos.

Tal vez sirva, el siguiente resumen de Díaz B. F. y Hernández G. para iluminar, desde otro ángulo, el de las condiciones de una "pobre comprensión" y las de una "buena comprensión"; aunque con ciertas limitaciones, el nivel de microprocesos" es necesario para leer bien, todavía no es suficiente para alcanzar las condiciones de una buena comprensión; ésta se logra verdaderamente cuando el lector se maneja a nivel de macroprocesos"

Pobre comprensión

Uso escaso del conocimiento previo

Dificultad para detectar la información central

Uso de estrategia de listado

Uso de la estrategia de suprimir/copiar

Incapacidad para elaborar un plan estratégico de lectura

Deficiencias en establecimiento del propósito de la lectura

Buena comprensión

Uso activo del conocimiento previo

Detección de la información principal y uso de estrategias para mejorar la codificación y almacenaje de la información.

Uso de la estrategia estructural

Uso de macrorreglas complejas: (supresión, generalización, construcción e integración)

Capacidad para planear el uso de estrategias en función del contexto de aprendizaje.

Establecimiento efectivo del propósito y uso adecuado del mismo durante todo el proceso

lector.

Deficiencias en la capacidad para supervisar el proceso (detección de problemas y autocorrección)

Capacidad efectiva para supervisar y regular el proceso de comprensión.

3. Dificultades que impiden o frenan el desarrollo de la lectura comprensiva.

Son muchos los millones de personas analfabetas completas; casi lo mismo podemos afirmar de los “analfabetas funcionales” que se quedan a medio camino sin llegar a desarrollar la competencia de leer comprensivamente para lograr verdaderos aprendizajes significativos:

- La principal y primera dificultad es no poder acceder a la escuela por múltiples razones de carácter estructural: Pobreza, desnutrición, trabajo infantil, etc. Estas personas ni siquiera lograron el mínimo nivel de codificación y descodificación de fonemas; o si lo lograron, ahí se quedaron irremisiblemente por haber desertado pronto de la escuela o porque no recibieron la segunda alfabetización; esa inmensa muchedumbre de analfabetos no automatizaron la facultad de codificación y descodificación y se perdieron, para siempre, la rica oportunidad de leer comprensivamente.
- Otros muchos se quedaron a niveles bajos de microestructura, “hay muchas palabras que no entienden en el texto”, “pierden el hilo o la continuidad de lo escrito”, etc.
- Son muy numerosos los alumnos de secundaria que sólo saben leer lineal y superficialmente, porque sus profesores, en la escuela o en el colegio, supusieron que ya sabían leer bien, y nunca se les ocurrió ayudarles a progresar en sus niveles de comprensión lectora; nunca se propusieron enseñarles las estrategias de lectura comprensiva y entrenarlos en ellas.
- Esos numerosos alumnos no dialogan con los textos, no profundizan en los significados, no hacen creativas inferencias, no saben aplicar las macrorreglas, no hacen predicciones, no identifican claramente las ideas principales; en una palabra, no han alcanzado el nivel de macroprocesos; consiguientemente su lectura, aunque les proporciona aprendizajes memorísticos, no les permite acceder a los aprendizajes significativos; memorizan, pero no comprenden; aprenden a repetir, pero no aprenden a pensar y no desarrollan sus estructuras mentales.

4. Las estrategias de lectura comprensiva

Como se decía más arriba, la lectura comprensiva es una actividad estratégica; para desarrollar esa poderosa competencia de aprendizaje significativo y de satisfacción humana, que es la lectura de alto nivel, se necesita conocer y aplicar adecuadamente las “estrategias de lectura” correspondientes.

Las estrategias de comprensión lectora son procedimientos que se pueden enseñar y aprender; son actividades mentales de elevada categoría en orden a conseguir un objetivo que aquí es claro, comprender bien lo que se lee; en realidad, sirven para representarse, analizar y resolver los problemas que se le presentan a un lector cualquiera que se encuentra con un texto y quiere penetrarlo en toda la riqueza de su sentido; una característica de estas estrategias, es que ellas no dan recetas fijas para resolver los problemas de lectura, sino que son como vías o métodos flexibles para que el lector, creativa y constructivamente, vaya encontrando y aplicando soluciones a los problemas para conseguir su objetivo; los buenos lectores ya automatizaron sus estrategias y cuándo y cómo aplicarlas; por eso leen comprensivamente con facilidad y sin esfuerzo.

¿Y cuáles son esas estrategias?

Hay divergencias entre los autores, sobre el número, nombres y características de las principales estrategias de comprensión lectora. Casi todos los autores coinciden en que deben ser pocas y que dichas estrategias deben cubrir funciones y contenidos referidos a los siguientes aspectos:

- Que se descubra el propósito u objetivo principal de la lectura.
- Que, antes de empezar la lectura propiamente dicha, se anticipen algunas acciones, como: Que se lea el título, el índice, los subtítulos, algunos cuadros-síntesis, etc.; es decir que se busquen indicios que ayuden a predecir de qué va a tratar el texto; eso supuesto, que se actualicen los "presaberes" sobre dicho tema del texto; y que el lector se haga algunas preguntas o cuestionamientos pertinentes.
- Que se vayan identificando las ideas principales; y, que para ello, se ejerciten las "macrorreglas" de que se trata anteriormente: "supresión" de ideas no relevantes, "generalización" abstrayendo en un concepto o categoría, otros pequeños datos concretos; construcción e "integración", de modo que, a base de interrelacionar ideas principales, se logran integrar en estructuras globales superiores. Idea principal no es lo mismo que el "tema" o el "tópico" general de la lectura y responde a la pregunta global "¿De qué tratará el texto completo?". Las ideas principales son enunciados importantes que van desenvolviendo o desarrollando el "tema" general.
- Que, una vez identificada la idea principal, el lector la exprese con sus propias palabras (distintas del texto); esto es, practique el parafraseo oral y escrito.
- Que el lector vaya autoevaluándose en sus procesos de lectura y haciéndose preguntas como éstas: ¿Estoy comprendiendo bien el texto? ¿Si no comprendo bien, qué me convendría hacer? ¿Qué dificultades estoy encontrando y cómo las estoy resolviendo? A esto se refiere lo que los autores llaman "metacognición" y "autorregulación".
- Que el lector vaya más allá del texto, haciendo inferencias a base de la contrastación de los "conocimientos previos" y del texto escrito; el buen lector va interpretando y haciendo aportes constructivos mientras lee: va llenando los vacíos o carencias del texto; aclara, para sí mismo, lo que el autor dejó impreciso u oscuro; hace hipótesis a partir del mensaje escrito; hace explícito lo que, en el texto está implícito; hace deducciones, del tipo "de esto se puede deducir que", etc.
- El buen lector, enseguida percibe lo que los autores llaman la "superestructura textual", es decir si el texto es de tipo "narrativo" (como un cuento) o "expositivo" (como un texto de estudio) o "argumentativo" o "causal", etc.
- El buen lector va concatenando las ideas principales e interrelacionándolas entre sí y de ellas va haciendo una síntesis que las engloba o resume todas; los autores le dan mucha importancia a esta estrategia poderosa llamada "resumen". El resumen bien hecho presupone un amplio conjunto de capacidades y acciones, por ejemplo:
 - ✓ capacidad de manejar las macrorreglas
 - ✓ capacidad de construir la macroestructura del texto
 - ✓ capacidad de identificar, parafrasear y reformular las ideas principales del texto
 - ✓ supone la percepción de los marcadores semánticos del autor, como las frases "en pocas palabras", "en síntesis se puede decir que", etc.
 - ✓ presupone cierta madurez mental cercana a las "operaciones formales" de Piaget, es decir se suele empezar a dar desde 5º o 6º Grado de Primaria. Lamentablemente la capacidad de resumir bien un texto de cierta extensión (unas 3 páginas), por suponer las macrorreglas de generalización, construcción e integración etc., es poco frecuente en ciclos básicos de secundaria en nuestros ambientes.

Supuestas esas coincidencias fundamentales, cada autor elige su grupo de estrategias. Por ejemplo, Palincsar y Brown identificaron cuatro estrategias en las que se contienen y ejercitan las seis "funciones" que son necesarias en la lectura comprensiva y en el aprendizaje significativo:

- Resumir (A partir de la autorrevisión). Supone la capacidad de identificar las ideas principales y el uso habitual de las "macrorreglas".
- Formulación de preguntas (A partir de la autoevaluación)
- Clarificar (Cuando se dan problemas en la comprensión).

Hacer predicciones (A partir de la activación de “conocimientos previos”).

No hay secuencia fija en el uso de estas estrategias: El buen lector las maneja con gran libertad y flexibilidad según las diferentes situaciones y circunstancias. En verdad, el buen lector todo el tiempo está “resumiendo”, “clarificando dudas y puntos difíciles”, “formulando preguntas” y “haciendo predicciones”.

Los buenos lectores empiezan por echar un vistazo sobre el texto concreto que van a leer o estudiar, sobre el título, subtítulos, etc., para ver el tema de que se trata.

Una vez iniciada la lectura, se activan en la mente del lector, aquellos conocimientos previos, “esquemas” o presaberes acerca del tema de lectura; inmediatamente comienzan a interactuar dichos “esquemas” con las ideas o información que el lector va detectando en los sucesivos párrafos del texto.

Y, así, el lector descubre pronto cuál es la idea principal (o ideas principales) de cada párrafo; y normalmente las subraya con el marcador o las anota en su cuaderno, parafraseándolas con sus propias palabras.

Casi sin querer, empieza a concentrar su atención en esas ideas principales, y a relacionarlas entre sí y con otras ideas nuevas e importantes del texto.

Y, después de leídos unos cuantos párrafos, el buen lector puede decir: “En resumen, esto es lo que el autor dice en ésta o en estas páginas”. En esto consiste el camino o estrategia de RESUMIR; El lector ha logrado captar y entender la “esencia”, es decir lo más importante y esencial del texto leído; y es consciente de que ese RESUMEN tiene sentido, por lo menos provisionalmente, porque es el fruto de su actividad mental, de ir analizando e integrando consistentemente las informaciones del texto, en el marco de sus propios “presaberes”.

A lo largo del proceso de lectura, y, sobre todo, después de construir el resumen parcial o total del texto, el buen lector va aplicando la estrategia de “FORMULAR PREGUNTAS”. Estas se suelen referir a dos ámbitos o aspectos: a) Al texto de lectura y al resumen elaborado, y b) a la metacognición (es decir a la autoevaluación, supervisión y monitoreo o autorregulación de sus procesos mentales durante la lectura):

- a. Las PREGUNTAS referidas al texto o al resumen elaborado, son de este tipo:

¿Hay, en el texto, alguna idea o dato que no me parece?

¿Qué párrafo se me hace difícil de comprender?

¿Mi resumen recoge bien, breve, y ordenadamente, las principales ideas del texto? ¿Capta lo esencial?

¿Mi resumen es mío, es decir he sintetizado bien las principales ideas del texto, parafraseándolas con mis propias palabras?

- b. Las PREGUNTAS referidas a la metacognición pueden ser éstas u otras parecidas:

¿Qué dificultades he encontrado yo en mi lectura o estudio?. ¿Problemas de vocabulario? ¿Me he distraído con facilidad? ¿Por qué no me he concentrado en mi trabajo? ¿Me faltan conocimientos previos sobre el tema? ¿Me faltan las bases, por ejemplo en Matemáticas?

¿Cómo he tratado de monitorear o autorregular mi trabajo para superar esas dificultades? ¿Esforzándome en recordar mis “presaberes”? ¿Haciendo una nueva relectura de los párrafos que no comprendo bien?

La estrategia de CLARIFICAR consiste en centrar la atención en los puntos difíciles del texto hasta entenderlos con claridad; esto supone que el lector tenga la capacidad de detectar los problemas de comprensión que va encontrando; y también supone algo de evaluación crítica de las ideas importantes del texto. A veces, esto conlleva volver hacia atrás para releer párrafos anteriores.

La estrategia de HACER PREDICCIONES consiste básicamente en anticipar el sentido de lo que va a venir a continuación en el texto que uno está leyendo. Esta estrategia se usa al iniciar la lectura pronosticando el tema o temas del texto en virtud del título, los subtítulos, etc. Y se usa a lo largo de la lectura haciendo "inferencias" o deducciones, a partir de contrastar lo que se dice en el texto, con los "presaberes" que se van activando durante la lectura y en la actividad de RESUMIR.

Como se puede inferir de todo lo dicho, estas cuatro estrategias ayudan a conseguir el objetivo de la lectura comprensiva, que consiste fundamentalmente en construir significados a partir del texto.

5. Aprendizaje-enseñanza de las estrategias de lectura comprensiva.

El aprendizaje de las estrategias es progresivo e implica tiempo. No puede aprenderse una estrategia si no se da un entrenamiento prolongado de la misma. Hay que tener en cuenta que el aprendizaje de una estrategia debe involucrar:

- Conocimiento de la estrategia.
- Conocimiento detallado de cómo ejecutarla.
- Conocimiento sobre su funcionalidad y utilidad.
- Saber en qué contextos y en qué situaciones de lectura es o no recomendable su uso.
- Su relación con el conocimiento metacognitivo.
- Su autorregulación paso a paso.
- Su flexibilización

Cada vez más se reconoce la necesidad de considerar la relación estrategias y contenidos de aprendizaje, para lo cual, es menester que los profesores contribuyan a reflexionar sobre aquellas que puedan resultar más efectivas para las disciplinas que enseñan. Esta actividad puede ser de importancia crucial para incluirlas en el programa de entrenamiento que se quiera implantar.

Es necesario trabajar aspectos motivacionales y de autoeficacia, conjuntamente con la enseñanza de las estrategias que se enseñen. Desde el inicio de las sesiones de entrenamiento se debe dirigir la enseñanza con el objeto de conseguir que los alumnos reestructuren sus interpretaciones sobre cómo aprender en forma significativa, procesando la información a leer y aprender profundamente. De este modo el profesor deberá indagar las representaciones que los alumnos vayan desarrollando y orientará sus esfuerzos en el sentido de mejorarlas a través de situaciones de andamiaje y traspaso de control. Al final del entrenamiento los alumnos deberán mejorar sus interpretaciones:

- Reconociendo el valor funcional de las estrategias.
- Comprendiendo que el esfuerzo involucrado en el aprendizaje de las estrategias es una inversión que repercutirá insensiblemente en el logro de aprendizajes más valiosos a partir de los textos.
- Sobre la creación de expectativas más adecuadas para el aprendizaje.
- Sobre cuestiones relativas a la relación entre autoconcepto y aprendizaje, etc.

Conviene trabajar la enseñanza de estrategias considerando los contextos de lectura compartida y aprendizaje cooperativo. Los compañeros también pueden coadyuvar de manera importante a través de relaciones de tutoría y colaboración, porque son fuente importante de la creación de controversias, conflictos sociocognitivos, ayudas, etc.

Es necesario cambiar nuestra forma de entender la evaluación, tanto para el caso de los contenidos a aprender por medio de los textos, como de las estrategias enseñadas para mejorar la comprensión.

Hay diferentes metodologías eficaces para el aprendizaje de la comprensión lectora. Una de las metodologías más ampliamente reconocida e influyente entre los programas de entrenamiento y las prácticas educativas actuales de la enseñanza de la comprensión de textos, es la de *enseñanza recíproca* propuesta por Brown y Palincsar, quienes, como se señala anteriormente, identificaron cuatro estrategias fundamentales. En ese sentido, quisiéramos presentar una descripción más detallada de esa metodología, por considerarla una aproximación valiosa para su utilización creativa en la enseñanza de estrategias en el aula.

Esta metodología, según lo reconocen las autoras, está en gran parte inspirada por las ideas de Vigotsky. Según Palincsar y Klenk (1992), son tres los principios teóricos derivados de la teoría vigotskiana que influyen en su concepción:

- El origen social de los procesos psicológicos superiores (los procesos psicológicos superiores aparecen primero en el plano de lo interpersonal y después son internalizados y apropiados por el aprendiz).
- La noción de ZPD (la "enseñanza recíproca fue diseñada para proveer una ZPD en la cual los estudiantes, con la ayuda de los maestros y de compañeros más avanzados, toman una responsabilidad cada vez mayor en la realización de una actividad, p.213).
- Los procesos psicológicos son adquiridos en una actividad contextualizada y holística (las estrategias no son aprendidas fuera del contexto de la lectura funcional o significativa).

La mecánica del procedimiento es más o menos como sigue: se constituyen grupos de aprendizaje cooperativo formados por varios aprendices y un tutor-guía que sabe más. Todos los participantes se enfrentan a una tarea de lectura en donde se aplican las estrategias mencionadas a distintos segmentos del texto. El adulto guía y los aprendices van tomando turnos en relación a los segmentos del texto que intentan comprender conjuntamente.

En ese contexto, son puestas en marcha las distintas estrategias rutinariamente a través de diálogos que ocurren en forma natural. De esta manera, primero los participantes leen el fragmento del texto asignado en forma colectiva o individual, luego se elaboran preguntas sobre aspectos relevantes de texto, de inmediato se elabora un resumen sobre lo esencial del fragmento leído. Durante el intercambio puede solicitarse la aclaración de algunas partes del texto que no fueron comprendidas claramente por alguno o por varios de los miembros debido a alguna palabra, idea, etc., la cual es retomada por el grupo para resolverla por medio de comentarios colectivos o a través de alguna relectura inmediata. Por último se elaboran algunas predicciones relativas a lo que tratará el siguiente fragmento del texto sobre la base de lo previamente leído. Las distintas estrategias son aprendidas en el contexto de construcción conjunta de la comprensión de la lectura o el aprendizaje del contenido, lo cual constituye la meta principal.

En las sesiones iniciales el guía es quien modela ante los aprendices la forma en que se practican las distintas estrategias, por lo que éstos deben asumir una actitud más pasiva. Conforme avanzan las sesiones se va haciendo efectiva la toma de turnos y los aprendices van participando activamente en la aplicación de las estrategias. El guía retroalimenta continuamente la forma de aplicación de las estrategias y motiva a los demás miembros del grupo para que colaboren en esa dirección. Después de que los aprendices van mostrando una competencia plausible en el manejo de las estrategias, pueden empezar a asumir el rol de guía y coordinar las actividades de los otros miembros del grupo. En todos los casos la presencia del guía siempre es fundamental porque está presto a reorientar en todo momento las discusiones y los comentarios suscitados sobre el uso de las estrategias y de la comprensión del contenido del texto, cuando ocurren disgresiones o desviaciones.

- Los aprendices son instruidos a utilizar un repertorio de estrategias las cuales pueden ayudarlos a comprender mejor lo que leen.
- El tutor-maestro modela cada una de las actividades.
- Se les invita a los aprendices a hacer sus comentarios en relación al modelamiento y al pasaje leído, por ejemplo: ¿la información que acabo de comentar fue la más importante de esta parte del texto? o ¿alguien tiene algo más que agregar a la predicción que hice?
- Se les provee a los aprendices ayuda y guía ajustada al nivel en que ellos son capaces de ejecutar las estrategias.
- Los tutores apoyan las participaciones de los aprendices a través del diálogo, usando instigaciones, sugerencias y pistas, explicaciones, retroalimentaciones, modelaje adicional, parafraseo, apoyos y elogios.
- El tutor-maestro invita a los aprendices a iniciar la discusión y a responder a las participaciones de los demás. Las participaciones del profesor pueden incluir: **a)** la sugerencia de otras preguntas, **b)** contribuciones a un resumen, **c)** comentarios a las predicciones de otros, **d)** la solicitud de aclaraciones sobre el material que no comprenden, **e)** la aportación de comentarios adicionales sobre el contenido, **f)** el auxilio para resolver interpretaciones erróneas.
- Durante los procedimientos de enseñanza recíproca, hay un cambio y traspaso gradual del rol principal y de la responsabilidad del tutor-maestro al aprendiz. El tutor-maestro gradualmente transfiere el control de los diálogos a los aprendices hasta que al final llega a ser un simple observador que apoya.
- Durante los diálogos, se provee instrucción sobre dónde, cuándo y por qué las estrategias enseñadas pueden utilizarse adecuadamente.

ESTRATEGIAS DE LECTURA COMPRENSIVA

	ESTRATEGIAS	ACCIONES PARA LA APLICACIÓN DE LAS ESTRATEGIAS
ANTES	1. ESTABLECER EL OBJETIVO O PROPOSITO DE LA LECTURA	
	2. IDENTIFICAR EL TOPICO O TEMA DE LA LECTURA	<ul style="list-style-type: none"> Determinar Presaberes Hacerse preguntas Hacer Predicciones Aproximación inicial al texto Focal introductoria Lectura rápida (skimming)
DURANTE	3. METACOGNICION Y AUTORREGULACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> Comparar mis presaberes Relectura Monitoreo o supervisión
	4. IDENTIFICACION DE LA IDEA PRINCIPAL	<ul style="list-style-type: none"> Clarificar dudas Autocuestionarse sobre el tema Subrayar Señalización y simbología Tomar notas Parafrasear oralmente y por escrito Buscar información específica (scanning) Relaciones de causa-efecto Identificar problema-solución
	5. RESUMIR	<ul style="list-style-type: none"> Mapa conceptual Organizadores gráficos Cuadros Red semántica Secuencias Líneas de tiempo
	6. HACER INFERENCIAS	<ul style="list-style-type: none"> Asociar presaberes con ideas del texto Comparar y contrastar ideas principales con presaberes Establecer relaciones de causa y efecto "por lo tanto", "se me ocurre", "por consiguiente" "tengo una idea" "así que" Definir problema y solución Diálogo con el autor Establecer conflicto y solución
DESPUES	DISCUSIÓN GUIADA Y EVALUACION DE OBJETIVOS	

TEMA 2

TÉCNICAS DE REDACCIÓN

I. LOS ELEMENTOS DE COMUNICACIÓN ESCRITA

Claridad: Corresponde al código. Hay que escribir con un máximo de sencillez para que el código no haga de filtro, sino que permita el paso del mensaje.

Brevedad: Corresponde al mensaje. Intentar dar la máxima información en un mínimo de palabras.

Precisión: Corresponde al contexto: El texto debe focalizarse en lo que interesa sin rodeos ni añadidos.

Corrección: Corresponde al canal. Se debe escribir correctamente, cumpliendo las normas gramaticales y estructurales y presentar el texto formalmente digno.

Totalidad: Corresponde al receptor. No se debe dar la impresión de que transmite un mensaje incompleto.

Originalidad: Corresponde al emisor. Se debe tratar de no copiar las formas.

ESTILO: RITMO Y COHERENCIA

ESTILO

El estilo de un escritor no es exclusivamente su sensibilidad literaria, su capacidad creativa para escribir novelas o hacer poesías. Todos nosotros, en cualquier redacción que realicemos, tenemos un estilo propio. Se podría definir como un equilibrio entre el orden y el movimiento. Por una parte el estilo depende de la organización y jerarquía de las ideas en el texto, de la coherencia que se desprende del mismo; pero también de la capacidad de interesar, agradar y dar vida a las ideas, dar un ritmo adecuado al tipo de mensaje.

COHERENCIA

Imaginemos que llega a nuestras manos este texto:

Teatro a las seis.

Un programa de Radio La Primerísima.

Un tal Jesús.

Idea original: María López Vigil

Adaptación: Ignacio López Vigil

Trigésimo capítulo.

A primera vista parecen sólo frases sueltas, casi diríamos que no se trata de una redacción.

Sintácticamente son oraciones simple sin ningún nexo coordinante ni subordinante, si verbo en algunas de ellas.

Pero si nos preguntan cuál es el tema del que habla el texto, no dudaríamos en decir que es la presentación de un programa de radio que consiste en una adaptación de Un tal Jesús al ámbito radiofónico.

¿Cómo podemos saberlo? Por las palabras claro, pero también por la coherencia que tienen entre ellas, el orden en que aparecen y la jerarquía que les confiere este orden.

Decimos que este texto es coherente porque, a pesar de la ausencia de enlaces, de verbos, de párrafos que recogen la idea principal y las secundarias, tenemos un texto claro, breve, original, preciso, completo y correcto que interpretamos fácilmente como el guión de un programa de radio.

EL RITMO

El ritmo de un texto le confiere movimiento, vida, debe ser motivador y sugerente. Varía mucho según el tipo de escrito, pero en principio suele ser muy homogéneo en un mismo texto (excepto casos surrealistas). De este modo el lector crea sus propias expectativas sobre lo que va a leer a continuación y las confirma o rechaza a medida que avanza en la lectura. Los cambios bruscos, si no son intencionados, dificultan la creación de expectativas y reducen el interés por la lectura.

La primera frase de un texto suele dar la pauta sobre la velocidad y el ritmo que daremos al mismo. La falta de subordinación da, en principio, un ritmo más rápido al texto. Cuando además no hay apenas nexos y se omiten algunos verbos, tenemos el ritmo más veloz y espontáneo, como el caso del texto radiofónico.

Por el contrario, la subordinación abundante hace el texto más complejo y su ritmo se vuelve lento y pausado.

LA CONCORDANCIA

Definición: Es un medio gramatical de relación interna entre palabras. En español existen dos clases de concordancia:

I Concordancia entre el sustantivo y adjetivo que consiste en la igualdad del género y el número de estas dos categorías gramaticales.

I Concordancia entre el verbo de una oración y el sustantivo, núcleo del sintagma nominal.

En este caso la igualdad debe ser de número y persona.

Ejemplos:

Salón amplio
Salones amplios
Casa limpia.
Casas limpias

Casos especiales:

1. Si el adjetivo modifica a varios sustantivos singulares, concuerda con ellos en plural y tiene género masculino. Ejemplo: Estos son un pez, un loro y una pantera muy lindos.

2. Si los sustantivos nombran seres animados de diferente género, el adjetivo se usa en plural y en masculino. Ejemplo: La secretaria, la dueña y el vendedor son consagrados en su trabajo.

3. Si el adjetivo modifica sustantivos sinónimos o que van unidos por las conjunciones o u, concuerda en género con el último sustantivo y se usa en singular. Ejemplo: Tiene una pulmonía, una sinusitis y un catarro impresionante.

4. Cuando el adjetivo precede a dos o más sustantivos, se usa en número singular y tiene el género del sustantivo más próximo. Ejemplo: Confío en su extraordinaria fuerza y valor.

5. En el caso de los adjetivos compuestos, sólo el segundo elemento concuerda con el sustantivo. Ejemplo: La guerra ruso – japonesa.

PÁRRAFO - DEFINICIÓN

Parte de un escrito que se considera con unidad suficiente para poder separarlo mediante una pausa que se indica con el punto aparte.

Es una unidad del texto escrito en la cual se desarrolla determinada idea que presenta una información de manera organizada y coherente.

TIPOS DE PÁRRAFO

NORMALES: Son los párrafos más frecuentemente usados, se caracterizan por una sola idea temática, la cual se desarrolla mediante varias ideas secundarias.

DE EXCEPCIÓN: Son párrafos informativos que presentan ideas relacionadas sobre el mismo asunto.

2 casos:

I Con dos ideas temáticas y sus respectivas ideas de desarrollo.

I Una idea temática sin añadir ideas secundarias.

FUNCIONALES: Son párrafos que no llevan idea temática, pero que coadyuvan al desarrollo de estas, pueden ser de varias clases:

- * Encabezamiento: Cumple la función de iniciar o introducir en el desarrollo de un tema.

- * Introdutorios.

- * Enlace: Relaciona las diferentes ideas con las que vienen después.

- * Retrospectivos: Unen la información que ya ha presentado.

- * Prospectivos: Anuncian nueva información.

- * Conclusión: Sirve para dar por terminado un escrito, en estos, con alguna ocasión, se hace un resumen de lo escrito.

- * Informativos:

- * Deductivos: Idea principal al inicio. Para su construcción se parte de una generalización para luego presentarse casos específicos.

- * Ejemplo: "La mayoría de los adolescentes ha probado alguna vez bebidas alcohólicas, aunque la frecuencia de su consumo varía con la edad, el sexo, la religión, la clase social, el lugar de residencia y el país de origen. En los países no musulmanes, el alcohol es el narcótico psicoactivo más ampliamente ingerido, por encima de la marihuana. Un fenómeno de los años setenta ha sido el de la nivelación en el índice de consumo de alcohol entre los adolescentes de uno y otro sexo; así, mientras que unos y

otros muestran un aumento continuo, en los últimos veinte años el crecimiento correspondiente a las chicas es mucho más acelerado”.

Inductivos: Idea principal al final. Se inicia con oraciones que expresan ideas secundarias para llegar a una generalización, o idea temática como una conclusión de lo que se ha afirmado. Ejemplo:

“Comenzar por los hechos, luego describirlos y más tarde formular hipótesis y construir teorías para explicarlos; después deducir de ellas conclusiones particulares verificables; recurrir eventualmente a nuevas observaciones o a nuevos cálculos y contrastar sus conclusiones con estos resultados y finalmente, si se halla necesario, corregir sus conjeturas sin compasión: he aquí el severo carácter auto correctivo de la investigación científica”.

* Cronológicos: Sucesión temporal de un evento. Ejemplo:

* “La aritmética es sin duda una de las más antiguas de las ciencias. Los de dos fueron para nuestros antepasados los primeros instrumentos de cálculo, a esto se debe la base decimal de numeración utilizada por los egipcios quienes tenían un signo particular para representar cada unidad. Los fenicios, los griegos y los hebreos, empleaban como signos matemáticos las letras de sus alfabetos. Los conocimientos matemáticos de los griegos pasaron a los árabes, quienes introdujeron a Europa. Pitágoras y los sabios griegos posteriores a él fueron los que crearon la aritmética de hoy”.

* Comparación: Consiste en la expresión de las semejanzas o diferencias que existen entre dos objetos o fenómenos. Ejemplo:

“Cartagena y Bogotá son dos ciudades colombianas. La primera está situada en la costa Atlántica, sobre el nivel del mar; posee un clima tropical refrescado por las brisas marinas; tiene gran atractivo turístico por sus reliquias históricas y por sus hermosas playas y paisajes. La segunda, está situada sobre la cordillera oriental, en la Sabana de Bogotá a una altura de 2700 metros sobre el nivel del mar; tiene una temperatura aproximada de 14 grados centígrados; en ella se mezclan los atractivos de los lugares coloniales con la arquitectura moderna propia de las ciudades de los países desarrollados.

* De causa efecto: Presentan las causas que genera una situación y los resultados que ella produce. Ejemplo:

“Muchas y muy variadas son las causas de la violencia colombiana; entre ellas podemos citar las siguientes; marcadas desigualdades sociales y económicas, bajo nivel de educación en la mayoría de la población, desempleo creciente, falta de unidad familiar, descomposición de la juventud por el abuso de la droga y pérdida de los valores tradicionales. Los efectos de esta situación son muy graves y pueden resumirse así: inestabilidad emocional del pueblo colombiano, parálisis del desarrollo industrial, desequilibrio de la economía, incertidumbre y desorientación de los jóvenes e imposibilidad creciente para salir del subdesarrollo.”

* Propósito:

Expositivo: Expresa una idea, u problema o un fenómeno.

Argumentativo: Presenta una idea para convencer.

Narrativo: Comenta un episodio.

COMO ESCRIBIR UN BUEN PÁRRAFO

- o Escoge un tema sobre el cual escribir.
 - o Escribe una buena oración principal.
 - o Para sustentarla, busca los detalles apropiados.
 - o Desecha los detalles irrelevantes.
 - o Construye y enlaza las oraciones coherentemente.
 - o Concluye con una oración apropiada.
 - o Revisa y corrige.
- * Para esto pregúntese:
 - o ¿Hay desarrollo de ideas centrales?
 - o ¿Hay oración principal?
 - o ¿Concuerdan las partes de las oraciones?
 - o ¿Las oraciones están adecuadamente separadas por signos de puntuación?
 - o ¿Las palabras son apropiadas?
 - o ¿Se refleja en el párrafo las ideas que tenía que expresar?
 - o ¿Se tiene correcta la ortografía?

Con mucha frecuencia tenemos ideas que expresar, pero generalmente nos pasa que no sabemos cuándo parar o de qué forma seguir, aquí encontraras algunos elementos que te van a ayudar.

ELEMENTOS DE ENLACE

Son partículas o expresiones que ayudan a lograr la continuidad en el enlace de ideas dentro de los párrafos, o para relacionar unos con otros. Estas son:

- * Las que indican sucesión de la misma idea: al principio, en segundo lugar, a continuación, por último.
- * Las que indican limitación: pero, no obstante, con todo, sin embargo.
- * Las que indican exclusión: por el contrario, antes bien.
- * Las que indican concesión (derecho a): aunque, si bien, es cierto que.
- * Las que indican distribución: bien (unos)... bien (otros).
- * Las que indican consecuencia: por lo tanto, pues, luego, por consiguiente.
- * Las que indican continuidad: pues bien, ahora bien, además, por otra parte, como decíamos.

EJEMPLOS DE PÁRRAFOS

Con la oración temática al comienzo:

Actualmente se destruyen, en América, bosques inmensos que nadie se preocupa por replantar.

Tan brutal destrucción de lo que en sentido físico representa los pulmones de la tierra, merece de vuestra benevolencia juvenil el calificativo de "industria forestal". Una

industria como la de los indios cuando cambiaban oro por vistosos collares de cuentas de vidrio. Hoy entregamos el oro de nuestros bosques por el vidrio coloreado.

* Con la oración temática al final:

La cometa es un juguete que se eleva por el aire con la fuerza del viento. Sin su cola, daría vueltas y muy pronto se estrellaría contra el suelo. La cola de cordel y papel equilibra y dirige la cometa que sube majestuosamente hacia el cielo.

* Con la idea diluida en todo el párrafo:

Cada año, cuando a vuelta de los exámenes, llegábamos a las casas de los Sauces, nuestra primera visita era a la Andrea, que suspendía el jabonado de la ropa para lanzar un par de gritos de sorpresa y llorar después como una niña consentida. Siempre nos encontraba más altos, más gordos, más buenos mozos y concluía por ofrecernos el obsequio de siempre: harina tostada con miel de abejas.

* CONECTORES de argumentación para una buena redacción

RELACIÓN CONECTORES

ADICIÓN Y, también, además, más, aún, por otra parte, sobre todo, otro aspecto.

OPOSICIÓN Pero, sin embargo, por el contrario, aunque, no obstante.

CAUSA EFECTO Porque, por consiguiente, por esta razón, puesto que, por lo tanto, de modo que, por eso, en consecuencia, esto indica.

TIEMPO Después, más tarde, antes, seguidamente entre tanto, posteriormente, ahora, luego.

AMPLIACIÓN Por ejemplo, en otras palabras, es decir.

COMPARACIÓN Tanto como, del mismo modo, igualmente, de la misma manera, así mismo, de igual modo.

ÉNFASIS Sobre todo, ciertamente, lo que es peor.

RESUMEN O FINALIZACIÓN Finalmente, en suma, en conclusión, para terminar, para conclusión, etc.

ORDEN Primero, segundo, siguiente, luego, a continuación, seguidamente, en primer lugar, por último, aún, al final, al principio, al inicio, pronto.

REAFIRMACIÓN Con todo, decididamente, en efecto, en realidad, decisivamente, a pesar de todo, de todos modos, justamente.

CONTRASTE Por otra parte, en cambio, por el contrario, de otra manera, por otro lado.

CONDICIÓN Si, supongamos, supuesto que, siempre que, dado que.

EJEMPLOS Tal como, como caso típico, en representación de, como muestra, verbigracia, por ejemplo.

II. REDACCIÓN ADMINISTRATIVA Y COMERCIAL: es la utilizada en el mundo de los negocios.

RESUMEN DE REQUISITOS A TENERSE EN CUENTA EN LA ELABORACIÓN DE UN ESCRITO:

- Ser claros, concisos y precisos.
- Respetar las reglas gramaticales.
- Ser coherentes, ordenados y objetivos.
- Ser corteses.
- Ser prolijos y elaborar una buena presentación.
- Utilizar en lo posible insumos de buena calidad (papel, impresión, etc.)
- No utilizar términos vulgares.
- Ser veraces.
- No abusar de los superlativos.
- No escribir de más ni de menos.
- No omitir la información importante.
- Utilizar un lenguaje adecuado y sencillo.

“Yo trato de respetar el lenguaje. Además, pienso en mi comodidad y en la comodidad del lector, y trato de usar las palabras más sencillas, que no obligan a interrogar el diccionario.” Jorge Luis Borges

LAS NORMAS GRAMATICALES NOS AYUDAN

El primer fenómeno inmediato e independiente que subyace desde el momento que queremos expresar algo por escrito es anterior a la elaboración: es la intención que tengas de expresar una idea determinada, con un fin determinado.

El segundo fenómeno es la imprescindible necesidad de que el lector entienda, con rapidez, el contenido del texto.

El logro de este objetivo se facilita notablemente con el uso de normas generales para una eficaz comunicación y con la utilización de un vocabulario adecuado.

La escritura constituye un sistema estructurado, establecido con reglas semánticas, morfológicas y sintácticas, y está reglamentado por normas ortográficas, que nos ayudan a garantizar una correcta integración de cada una de las partes del texto (palabras, oraciones, párrafos).

Normas generales recomendadas (tanto para la redacción informativa como para la comercial)

1. Elige los términos convenientes
Utiliza palabras precisas y sencillas.

Precisión significa que cada término deberá ser empleado con la máxima exactitud. Por lo tanto no es conveniente la utilización de vocablos vagos, imprecisos, aplicables a todo. (Ver en la sección vocabulario: 'palabras baúl').

Ejemplos:

· **Sustitución:**

Esta historia tiene algo trágico.

Esta historia tiene un argumento trágico.

· **Supresión:**

Esto es algo sospechoso.

Esto es sospechoso.

Sencillez: usar palabras de dominio general, pero sin recurrir a lo vulgar.

· **Evitar los regionalismos y vulgarismos:**

plata/ dinero

pibe/ muchacho- niño

· **Usar las palabras de idioma extranjero en casos extremos, por ejemplo cuando no exista la traducción exacta de esa palabra en castellano.**

· **Eludir tecnicismos, salvo en escritos especializados:**

cefalalgia/ dolor de cabeza

· **No emplear palabras cuyo significado no figure en el diccionario:**

arribista/ advenedizo

III TÉCNICAS DE ESTUDIO PARA LA REDACCIÓN COMO SUBRAYAR MATERIALES BIBLIOGRÁFICOS O LIBROS DE TEXTO.

El subrayar tiene la finalidad de resaltar las ideas principales, fundamentales o primarias del texto. El objetivo de trazar una raya por debajo de las ideas principales, es el de destacar o resaltar lo más importante del texto, capítulo o unidad que está leyendo, para facilitarle su estudio.

Ventajas del subrayado:

- Desarrolla su comprensión lectora
- Facilita la concertación. Ayuda a concentrarse en lo más importante
- Fija su atención en las ideas más importantes
- Economiza el tiempo en la lectura
- Incrementa su sentido crítico
- Desarrolla su capacidad de análisis
- Facilita la elaboración de esquemas, resúmenes o ensayos
- Ayuda a entender, retener y aprender con más facilidad lo leído en el texto.

Subrayar las ideas principales de los textos le permitirá desarrollar con mayor eficiencia y rapidez sus ensayos o resúmenes, así que es muy importante que aprenda a subrayar.

Recomendaciones para subrayar textos:

- No subraye a la primera lectura, hágalo una vez que haya entendido lo que leyó.

- Una vez que subraye pregúntese que sabe del tema.
- No lea por leer, lea y comprenda.
- Después de leer y subrayar ponga a prueba su memoria.
- Profundice y cuestione lo que subraye.
- Subraye sólo la idea principal.
- No subraye oraciones completas, solamente las ideas más importantes.
- Suprima la lectura de lo innecesario, localice solo los puntos importantes.
- Tenga a la mano un diccionario para que consulte las palabras que no comprenda.
- Cuando realice su lectura y al ir subrayando adopte una actitud crítica y reflexione.
- No lea por leer, recuerde que lo que está estudiando le servirá en un futuro.
- La cantidad de texto a subrayar dependerá de la importancia del tema.
- No subraye solo por subrayar. Recuerde que lo subrayado debe tener sentido.
- Subraye suavemente y utilice lápiz para que pueda corregir en caso que sea necesario.

En sus primeras lecturas lea primero y después subraye. Con el tiempo podrá subrayar en la medida que va leyendo.

Puede subrayar de forma horizontal o vertical. Puede realizar anotaciones en el espacio del margen del texto.

Para entender mejor la lección, anote en los márgenes, subtítulos en las partes que ha subrayado para darle estructura.

LA ELABORACIÓN DE APUNTES O NOTAS.

Elaborar notas o apuntes de lo que se está estudiando le auxiliará al momento de realizar sus ensayos y resúmenes. La función principal de tomar notas consiste en auxiliar a su memoria, la cual le ayudará a redactar los trabajos que se le indiquen realizar.

Al momento que este elaborando sus notas o apuntes procure que su letra sea limpia y entendible, cuide su ortografía, redacción y lo más importante es que sus notas sean breves y entendibles, para que posteriormente le sirvan de pauta para desarrollar sus ideas referentes al tema estudiado, no anote nada innecesario, escriba sólo lo indispensable.

Las notas bien organizadas le ayudarán a identificar el núcleo de las ideas importantes que contiene cada tema que estudie. Si posee una técnica de registro clara, lógica y permanente de sus notas, podrá recordar y aprender más tarde al desarrollar sus trabajos.

Elaborar notas o apuntes le ayudará a desarrollar su capacidad de:

- Anotar de forma sintética, rápida y clara.
- Concentración.
- Fijar las ideas centrales (identificar las ideas más importantes)
- Analizar las ideas.
- Emitir juicios o críticas personales.
- Resumir con mayor facilidad.
- Distinguir las distintas partes de los textos.
- Expresión escrita.

Recomendaciones para elaborar notas o apuntes:

- No anote todo lo que está leyendo, sólo lo esencial.
- No abuse en las abreviaturas.
- Procure que su apunte tenga estructura, coherencia y sentido lógico
- Escriba en orden y con letra clara.
- Utilice materiales adecuados (cuaderno, hojas etc)
- Piense y escriba. No escriba solo por escribir.
- Deje márgenes para que pueda hacer anotaciones.
- Exprese todas las ideas centrales.
- Exprese las ideas de forma sintética.
- Identifique bien sus apuntes (agregue encabezados)
- Anote sólo lo que haya entendido.
- Primero investigue lo que no haya entendido y después anótelos.

EL ESQUEMA

El esquema es una herramienta que representa una síntesis o resumen de los conocimientos adquiridos. En los próximos cursos estudiará técnicas de esquemas más avanzadas como los cuadros sinópticos y mapas mentales.

- Una vez que subraye pregúntese que sabe del tema.
- No lea por leer, lea y comprenda.
- Después de leer y subrayar ponga a prueba su memoria.
- Profundice y cuestione lo que subraye.
- Subraye sólo la idea principal.
- No subraye oraciones completas, solamente las ideas más importantes.
- Suprima la lectura de lo innecesario, localice solo los puntos importantes.
- Tenga a la mano un diccionario para que consulte las palabras que no comprenda.
- Cuando realice su lectura y al ir subrayando adopte una actitud crítica y reflexione.
- No lea por leer, recuerde que lo que está estudiando le servirá en un futuro.
- La cantidad de texto a subrayar dependerá de la importancia del tema.
- No subraye solo por subrayar. Recuerde que lo subrayado debe tener sentido.
- Subraye suavemente y utilice lápiz para que pueda corregir en caso que sea necesario.

En sus primeras lecturas lea primero y después subraye. Con el tiempo podrá subrayar en la medida que va leyendo.

Puede subrayar de forma horizontal o vertical. Puede realizar anotaciones en el espacio del margen del texto.

Para entender mejor la lección, anote en los márgenes, subtítulos en las partes que ha subrayado para darle estructura.

LA ELABORACIÓN DE APUNTES O NOTAS.

Elaborar notas o apuntes de lo que se está estudiando le auxiliará al momento de realizar sus ensayos y resúmenes. La función principal de tomar notas consiste en auxiliar a su memoria, la cual le ayudará a redactar los trabajos que se le indiquen realizar.

Al momento que este elaborando sus notas o apuntes procure que su letra sea limpia y entendible, cuide su ortografía, redacción y lo más importante es que sus notas sean breves y entendibles, para que posteriormente le sirvan de pauta para desarrollar sus ideas referentes al tema estudiado, no anote nada innecesario, escriba sólo lo indispensable.

Las notas bien organizadas le ayudarán a identificar el núcleo de las ideas importantes que contiene cada tema que estudie. Si posee una técnica de registro clara, lógica y permanente de sus notas, podrá recordar y aprender más tarde al desarrollar sus trabajos.

Elaborar notas o apuntes le ayudará a desarrollar su capacidad de:

- Anotar de forma sintética, rápida y clara.
- Concentración.
- Fijar las ideas centrales (identificar las ideas más importantes)
- Analizar las ideas.
- Emitir juicios o críticas personales.
- Resumir con mayor facilidad.
- Distinguir las distintas partes de los textos.
- Expresión escrita.

Recomendaciones para elaborar notas o apuntes:

- No anote todo lo que está leyendo, sólo lo esencial.
- No abuse en las abreviaturas.
- Procure que su apunte tenga estructura, coherencia y sentido lógico
- Escriba en orden y con letra clara.
- Utilice materiales adecuados (cuaderno, hojas etc)
- Piense y escriba. No escriba solo por escribir.
- Deje márgenes para que pueda hacer anotaciones.
- Exprese todas las ideas centrales.
- Exprese las ideas de forma sintética.
- Identifique bien sus apuntes (agregue encabezados)
- Anote sólo lo que haya entendido.
- Primero investigue lo que no haya entendido y después anótelos.

EL ESQUEMA

El esquema es una herramienta que representa una síntesis o resumen de los conocimientos adquiridos. En los próximos cursos estudiará técnicas de esquemas más avanzadas como los cuadros sinópticos y mapas mentales.

Qué es un esquema:

- Es la expresión grafica de las ideas más importantes de un tema.
- Es la expresión grafica del subrayado (las ideas más importantes ordenas de forma secuencias y lógica)
- Incluye las ideas primarias y secundarias y la relación que existe entre ellas.
- Es una técnica que se basa en la memoria visual.
- Los elementos fundamentales del esquema son los títulos y los apartados donde se explican las ideas.
- Se redacta utilizando las palabras del autor y comentarios y opiniones propias.

El esquema le ayudará a comprender los textos que va a leer. Es una herramienta de estudio que puede sustituir a los apuntes o notas, siempre y cuando estén bien realizados.

Objetivos del esquema:

- Permite captar rápidamente con la vista los datos más relevantes.
- Facilita la realización de síntesis, resúmenes o ensayos.
- Desarrolla la memoria lógica.
- Desarrolla el pensamiento.
- Ayuda a expresarnos de forma clara y concisa.
- Facilita la fijación.

Un esquema bien hecho es aquel que presenta un resumen o síntesis grafica suficiente para poder contestar cualquier pregunta referente al tema del cual se elaboró el esquema.

El método más común a seguir para elaborar un esquema es el deductivo, que consiste en detectar la idea central de cada párrafo y redactarla en pocas palabras. El objetivo es descubrir en una palabra el concepto clave que sintetiza lo esencial de cada párrafo, así como las ideas secundarias que apoyan al concepto y la relación que existe entre ellas.

Recomendaciones al elaborar un esquema:

- Seleccione las ideas más importantes.
- Organice las ideas de forma sintética y lógica.
- Organice las ideas de mayor a menor importancia.
- Entienda y explique las ideas en sus propias palabras (no las copie)
- El titulo del esquema debe expresar la idea central.

- En los apartados posteriores expresará el resto de las ideas.
- Utilice sus propias palabras, esto le ayudará a asimilar y retener mejor la información.

Divida el esquema de la siguiente forma:

De un apartado a cada idea principal.

Añada las ideas secundarias que apoyen a la idea principal de mayor a menor importancia.

Añada los detalles que enriquezca a las ideas secundarias.

Idea principal 1	Idea secundaria 1	Detalles de la idea secundaria 1
	Idea secundaria 2	Detalles de la idea secundaria 2
Idea principal 2	Idea secundaria 3	Detalles de la idea secundaria 3
	Idea secundaria 1	Detalles de la idea secundaria 1
	Idea secundaria 2	Detalles de la idea secundaria 2
	Idea secundaria 3	Detalles de la idea secundaria 3



Al elaborar su esquema puede utilizar sólo texto, graficas, signos, imágenes, dibujos, etc. El estilo y tipo de esquema que elaborará dependerá de usted. No existen recetas predeterminadas para elaborar esquemas. Lo importante de un esquema es que usted lo entienda y que la información le es de utilidad tal que pueda contestar cualquier pregunta referente al tema en cuestión.

EL RESUMEN O SINTESIS.

Con la finalidad de no confundir al estudiante, los conceptos de resumen y síntesis serán considerados como iguales en este material.

Elaborar un resumen no es tan fácil como pudiera parecer a primera vista. Todos creemos que sabemos realizar un resumen, pero en general se corre el peligro de realizar trabajos con un contenido innecesario, dejando fuera los puntos importantes del tema que se está resumiendo. Los casos más frecuentes que suelen presentarse en la elaboración de resúmenes son: el resumen de una conferencia, de un tema y de un libro.

Durante el desarrollo de los cursos del plan de estudios, se deberán elaborar una serie de resúmenes, tanto de textos completos, como de temas, capítulos o unidades específicas, por lo que deberá conocer la técnica correcta para su elaboración ya que de este modo se le facilitará la realización de sus trabajos. La ventaja principal de hacer un resumen es que le ayudará a lograr una mejor comprensión de lo que leyó.

El resumen o síntesis consiste en:

- Reducir, a pocos términos precisos, lo esencial de un tema.
- Su objetivo es condensar un texto en pocas palabras.

- Utilizar las palabras del autor sin hacer cambios ni agregar comentarios u opiniones personales.

DEFINICIONES DE ENSAYO

En su sentido más amplio ensayo equivale a tratar algo, probar o esforzarse por explicar algo. En el campo de la literatura equivale a realizar un escrito donde el estudiante expone con profundidad la interpretación personal del autor o del tema tratado. El diccionario lo define como escrito generalmente breve.

El ensayo es el análisis y la explicación profunda que se hace de un determinado tema. Todo puede ser tratado en un ensayo, desde lo más trascendental hasta lo más frívolo. El ensayo es un género literario moderno, en el que una persona reacciona ingeniosamente y sin prejuicios. En el ensayo, lo fundamental es el punto de vista, la valoración y la opinión del que redacta.

CLASES DE ENSAYO

Existen tres categorías de ensayos, los ensayos de exposición de ideas personales (religiosas, ideológicas, económicas, etc.), ensayos de crítica que tienen como función el criticar cualquier obra de carácter humano (artística, política, etc.) y el ensayo de creación donde la imaginación y la sensibilidad del autor, crean relatos ficticios. Durante el desarrollo de los cursos usted redactará ensayos de las tres clases antes mencionadas.

LA ESTRUCTURA DEL ENSAYO

El ensayo no tiene en sí una estructura o características delimitadas. Los ensayos que desarrollará en su carrera serán de carácter crítico, sin desviarse del tema en cuestión, podrá expresar sus ideas, pensamientos, críticas, reflexiones y conclusiones finales dentro del análisis del tema o de los temas que esté tratando.

El ensayo deberá contar siempre con tres partes fundamentales, una introducción, un desarrollo de las ideas y una conclusión final. La introducción delimitará el tema que se está tratando para que tanto usted como el evaluador puedan identificar y saber de lo que se está hablando. El desarrollo contendrá la idea o las ideas explicadas por el autor del texto que se esté estudiando y la conclusión contendrá las ideas propias del estudiante con respecto del contenido del tema.

PASOS PARA LA REDACCIÓN DE ENSAYOS

Existen siete pasos generales que podemos utilizar para escribir ensayos, mismos que nos facilitarán la redacción de los trabajos y que nos permitirán acabarlos con más rapidez.

LOS SIETE PASOS PARA REDACTAR UN ENSAYO SON:

1. Identificar el tema.
2. Enlistar las ideas.
3. Ordenar las ideas.
4. Redactar el primer borrador.

5. Examinar los errores que contenga el borrador.
6. Corregir el borrador.
7. Redacción final.

Es importante que realice los siete pasos en orden para que logre una mayor efectividad. Una vez que sepa con más detalle qué significa y para qué sirven, los podrá adaptar a sus necesidades. Procure valerse de la tecnología cuando desarrolle sus trabajos, utilice algún procesador de palabras para que le sea más fácil hacerle correcciones, además le dará la ventaja de tenerlos a la mano por si vuelve a necesitarlos.

1- Identificar el tema que se va a desarrollar

Este primer paso parecerá obvio, pero, desgraciadamente, muchos estudiantes no lo toman con la suficiente consideración. He aquí algunos puntos que pueden ayudarle en el desarrollo del tema:

1. Defina e identifique el tema que va a desarrollar para que no trabaje en balde.
2. Evite utilizar tecnicismos al momento de redactar el ensayo, sea lo más claro posible para que su trabajo sea entendible.
3. Procure seguir paso a paso los temas que se le indican desarrollar en la guía de estudios.
4. Una vez que haya identificado el tema, inmediatamente desarrolle el ensayo, no lo posponga.
5. Si se le pide que desarrolle un ensayo de tema libre, procure elegirlo de entre las actividades cotidianas que realiza para que su redacción se le facilite.

2- Liste las ideas más importantes del tema que va a desarrollar.

EL segundo paso para escribir un ensayo es listar en papel las ideas más importantes del tema. En este punto no se ha de preocupar por el orden de las ideas y ni siquiera por si las ha de incluir todas en la redacción final. Lo que hace en este paso es anotar de una forma general, las ideas más importantes del tema.

3- Formulación de ideas

Generalmente se le indica al estudiante en su guía de estudio los temas que deberá desarrollar y en ocasiones puede ser que se le indique desarrollar un tema libre con la finalidad de acreditar un curso; ya sea basado en la investigación o en la experiencia personal. En cualquier caso, procure que el desarrollo de la idea del tema que redacte sea lo más específica posible, ya que de nada servirá su trabajo si al redactarlo no hay claridad en sus ideas.

Una vez que identifique el tema, trate de expresar la idea central de la exposición, el pensamiento que considere más importante o más original. Esta idea será probablemente informativa, ya que el trabajo es expositivo, aunque puede ser también enunciativa de una nueva idea o hipótesis sobre un tema o asunto cualquiera. Esta idea central o dominante será la razón de ser y el punto de partida del conjunto de ideas

secundarias que deben formularse y desarrollarse para complementar o apoyar a la idea central.

Conviene anotar las ideas según se le van ocurriendo, sin preocuparse demasiado por su organización e importancia. En principio el orden no es importante. Lo que interesa es el flujo de ideas que permita la libre y espontánea exploración del tema. Procure que estas notas sean breves, pues esto le ayudará a esclarecer las ideas y a preparar con ellas el guión con el orden en que deben presentarse para que el trabajo tenga unidad y coherencia. Ciertamente que el planteamiento no siempre se presentará en este orden. A veces le parecerá más natural relacionar las ideas secundarias y a partir de ellas para llegar a una más precisa identificación del tema y de la idea central. En ambos casos, la tarea de formular las ideas y tratar de expresarlas de manera esquemáticas es imprescindible para un buen trabajo. Lanzarse inmediatamente a escribir sin un esbozo o guión es un error grave. El formular las ideas le puede ayudar a la exploración de su mente. ¿Qué definiciones, teorías, ideas o información posee sobre el tema? ¿Qué temas secundarios o subdivisiones existen o pueden establecerse? ¿Qué actitud muestra ante el tema? ¿Qué sabe sobre su historia? ¿Qué causas o efectos conoce? ¿Qué comparaciones puede usar para facilitar su comprensión por el lector?

Como desarrollar una idea.

Ya mencionamos anteriormente que se le pedirá desarrollar ensayos de temas definidos, trabajos que desarrollará según el contenido de los temas que se le indiquen en las guías de estudio, pero en ocasiones se le pedirá que realice ensayos de tema libre, lo que significará saber cómo desarrollar una idea. Además, siempre que realice un ensayo deberá anexar sus ideas y opiniones personales referentes al tema tratado. El desarrollo de una idea, generalmente no es más que estudiar el tema de la forma más completa para conocer el significado de la idea o tema propuesto. Para desarrollar bien una idea es necesario contar con imaginación y cultura, para poder opinar al respecto. Desarrollar un idea, generalmente expresada en una frase tópica, no es más que estudiar el tema del modo más completo posible para que el lector no quede con dudas respecto al significado y sentido de la idea propuesta. Para desarrollar bien una idea es preciso contar con una buena imaginación y cultura. Pero no hay que confundir la imaginación con la fantasía, ni la cultura con la erudición. Imaginar - en auténtico sentido- es ver bien un fenómeno o una idea; es sentir esa idea o aquel fenómeno como algo vivo para después palmarlo, realizarlo, al escribir. Para ello no convienen las disertaciones eruditas ni los comentarios libres, sin vida propia. Normalmente, para desarrollar un tema, se acuden razones, ejemplo, definiciones y contrastes, relacionados con la idea principal propuesta. Se recomienda ser natural en la exposición; ser sincero consigo mismo y decir lo que realmente se considere preciso para bien desarrollar la idea o tema en cuestión. No caiga en la divagación intrascendente y procure la concisión y la densidad; la sencillez y la claridad. Expresé sin miedo sus opiniones personales, recuerde que se tomarán en cuenta al momento de evaluar sus trabajos.

El desarrollo de una idea depende, claro está, de su conocimiento así como de su enfoque y concepción del asunto. Pero no caiga en el error común de creer que una buena exposición significa una mayor extensión. Evite escribir trabajos extensos con información innecesaria y tenga muy en cuenta que cada asunto a tratar exige una extensión determinada que depende de dos condiciones importantes, la importancia del tema en sí y de la cultura de quien lo expone. Un buen trabajo no es sinónimo de una gran cantidad de hojas llenas con información.

La mayor dificultad que puede presentarse se dará cuando se encuentre frente a un problema escueto, un asunto o idea enunciados en dos o tres palabras. Aunque no es motivo para preocuparse, ya que la mayoría de los temas que desarrollara ya están definidos en las guías de estudio y se le entregará la bibliografía necesaria para poder realizarlos. El desarrollo de un tema consiste básicamente en saber suscitar las ideas relacionadas con el asunto o tesis propuesta.

Para lograrlo, busque las fuentes de ideas (los tópicos clásicos de los antiguos tratados de retórica, en sentido exacto y no peyorativo). Dichas fuentes de ideas o tópicos, aplicadas al tema propuesto, van suscitando multitud de ideas complementarias.

Ordenar las ideas.

Una vez que haya pensado, identificado, relacionado y después de haber listado las ideas en papel, debe proceder a ordenarlas u organizarlas, formando un esqueleto o sinopsis útil, a partir de la cual empiece a escribir. Se entiende por ordenar, agrupar las ideas y luego separar las principales de las secundarias.

Una técnica que le será de mucha utilidad, será el leer todos los títulos y subtítulos del tema tratado, así podrá conocer el contenido general del tema. El siguiente paso es dar un vistazo rápido al contenido de cada título y subtítulo, subrayando la idea principal de cada uno de ellos, posteriormente enlístelas según el orden de aparición que presentaron en el tema y recuerde que de una idea general se desprenden las ideas primarias y las ideas secundarias. Procediendo así no tendrá mayores problemas en el ordenamiento de las ideas.

4- Redactar el primer borrador

Son pocos los que pueden realizar una única redacción. Generalmente se requieren varios borradores para poder presentar un trabajo final. En los sistemas de enseñanza autodidacta se dispone de tiempo (se supone que ha de disponer de él) para redactar un primero, un segundo, un tercero y hasta un cuarto escrito si es preciso.

Es mejor dejar un amplio espacio para las revisiones, cuando se está escribiendo directamente a partir de las ideas ordenadas. Si está escribiendo a mano, deje amplios márgenes y escriba líneas sí, líneas no; si lo hace a máquina, deje también amplios márgenes y escriba a doble o a tres espacios. Así se deja lugar para las correcciones, sin que luego se amontonen las añadiduras.

Una vez puestas sus ideas en oraciones y párrafos, probablemente necesitará reorganizarlas; es perfectamente natural. Se tratará, sin duda, de una organización que se acomode al flujo y al movimiento del artículo a medida que va tomando forma. Aquí no podemos decir todo lo que es preciso llevar a cabo para escribir un artículo o ensayo. Para esto puede acudir a algún curso o seminario de redacción o composición. Allí se les darán orientaciones más precisas. Sin embargo, le podemos dar algunas guías para escribir el primer borrador. Al desarrollar su primer borrador trabaje a partir de los conocimientos que posee y de las notas que ha tomado, sin limitarse por ellas. Analice y asimile el material de que dispone para poder determinar su alcance. Luego decida el enfoque que va a dar al tema y la forma en la que lo va a estructurar. La estructura de los ensayos será generalmente la misma, pero el estilo y las conclusiones siempre serán distintos y propios de cada estudiante.

Comience a escribir pero sin dejarse limitar. Las mejores ideas pueden surgir en el momento mismo de escribir. No conviene ser demasiado crítico ni perderse en detalles. Las menudencias no deben impedir el progreso en este momento. Recordemos que el borrador refleja sólo la primera intención y que su finalidad es permitirnos hacer adiciones, supresiones o enmiendas.

Es recomendable tratar de expresar las ideas, conclusiones y opiniones personales de la manera más clara, simple y directa posible, huyendo de los adornos. Si el escrito no está claro, quizá haya que preocuparse más de las ideas propiamente dichas de la habilidad para expresarlas. Cuando se encuentran dificultades para expresar sus conclusiones, conviene expresar ésta de la manera más simple.

Algunas herramientas que se pueden utilizar al momento de redactar borradores.

Al momento de estar escribiendo su borrador puede valerse de las siguientes herramientas para lograr mejores resultados en sus evaluaciones:

1. La exposición y persuasión.
2. La retórica como arte de la persuasión.
3. La argumentación polémica.
4. Los pros y las contras.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

www.espanolsinfronteras.com consultado el 17 de julio 2008

www.tecnicas-de-estudio.org consultado el 17 de julio 2008

Habilidades Comunicativas Inteligencia Emocional

Docente: Prof. Eva Romano

Octubre, 2010

DATOS GENERALES

Nombre de la asignatura: EL APRENDIZAJE, SUS ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS

Unidad temática: El Aprendizaje, sus Estrategias y Técnicas

Total de horas: 9 horas presenciales y 6 horas de autoestudio.

Nombre del profesor: Msc. Eva Marlene Romano Urbina

I. Objetivos generales

Al término del curso el estudiantado estará en capacidad de demostrar los siguientes resultados y dominios:

Interactúa con el grupo y asume una actitud crítica frente a la construcción de sus saberes atendiendo a las condiciones y factores que inciden en su aprendizaje.

Reflexiona sobre la importancia de dominar las técnicas de estudio como herramienta que le permita aprender permanentemente y le facilite la actividad académica, mostrando sus capacidades de pensamiento complejo, con sentido crítico.

Realiza desde una postura crítica las actividades orientadas que le permitan reflexionar sobre cómo ha construido sus saberes y detectar vacíos de aprendizaje con miras a superar las deficiencias encontradas

II. Objetivos específicos

- 1) Reconstruye el concepto de aprendizaje a fin de fortalecer y /o modificar sus estrategias y técnicas de estudio para que asuma compromisos con la autorregulación, la metacognición y la mejora continua, con sentido analítico
- 2) Diferencia los distintos tipos de aprendizaje en función de asumir un estilo propio en donde ponga de manifiesto su pensamiento estratégico y pueda modificar sus esquemas mentales haciendo énfasis en la actitud de apertura al cambio
- 3) Aplica las diversas técnicas y recomendaciones para el aprendizaje significativo en la lectura de materiales orientados con sentido de pertinencia, científicidad y espíritu de superación.

III. Contenido del curso y tiempo asignado por sesión

- 1) Interacción Social en el aula
Aprender a aprender
Cómo se construye el conocimiento

El saber conocer
Definición.
Relación con otras estrategias
El saber hacer
El saber ser

- 2) El aprendizaje y sus tipos
- 3) Estrategias y técnicas de aprendizaje

Viernes 15 y sábado 16 de octubre de 2010				
No. clase	Día	Unidad	Tema	Forma de organización de la enseñanza
1	Viernes 15 de octubre	Interacción Social en el aula saber conocer 3 horas	Interacción Social en el aula Aprender a aprender Cómo se construye el conocimiento El saber conocer Definición. Relación con otras estrategias Ejercitación práctica	Presentación La Exposición Activación de la memoria sensorial Actividades lúdicas y de reflexión Orientar la elaboración de un ensayo
2	Sábado 16 de octubre	El saber hacer Sus contenidos y estrategias 3 horas	El saber hacer Definición. Relación con otras estrategias Ejercitación práctica	Puesta en común de las tareas elaboradas elaborados Conferencia dialogada y trabajo cooperativo
		El saber ser 3 horas	Definición. Relación con otras estrategias Ejercitación práctica	Conferencia dialogada y aplicación de estrategias, entrega del ensayo orientado el primer día

IV. Estrategia metodológica

Por las características de esta asignatura es recomendable utilizar una metodología activa, participativa, dinámica que promueva la participación e involucramiento de los estudiantes para alcanzar un aprendizaje significativo, situado y funcional. Cada una de las temáticas didácticas puede orientarse hacia un dinamismo abierto al aspecto vivencial a nivel personal y grupal teniendo como estrategias de enseñanza las propias experiencias y las relaciones entre teoría y práctica, conferencias dialogadas y la lectura sugerida del material como elemento de apoyo, los trabajos de grupos, debates.

Dinámica de presentación

Activación de memoria sensorial

Ejercicio cómo se descubre el conocimiento

Elaboración de autodiagnóstico mediante un cuadrante relacional tomando en cuenta las variables analíticas: dividir el problema en sus partes principales, relacionar, criticar (juzgar los aspectos buenos y malos de una cosa o proceso), apoyar los juicios, considerar los juicios de calidad, demostrar las causas o las razones, causas-efectos, desarrollar la evidencia y la influencia potencial de cada factor, identificar las características principales, argumentar (dar razones), demostrar (mostrar algo), suministrar evidencia, clarificar fundamentos lógicos y apelar a los principios o a las leyes.

En las anteriores actividades se enfatiza la aplicación del paradigma pedagógico ignaciano, a fin de ayudar al estudiantado a construir sus saberes desde su propia libertad, tomando plena conciencia de sus fortalezas y limitaciones.

Se activan conocimientos y experiencias previas del estudiantado a fin de crear los andamiajes necesarios para el aprendizaje significativo. Se estructura la interacción docente utilizando organizadores gráficos de tal forma que facilite, la comprensión de los temas. Se planifica la secuencia didáctica atendiendo los momentos de la interacción docente: Preinstruccionales, coinstruccionales y posinstruccionales.

Se organiza el grupo en pequeños equipos para realizar un trabajo cooperativo.

El contexto del aula permitirá crear clima de confianza, apertura al diálogo, adecuación para la reflexión crítica y analítica.

Las estrategias de enseñanza sugeridas además de las ya mencionadas anteriormente, pueden ser complementadas con foros virtuales para análisis de textos, comentarios, debates, intercambio de opiniones, seminarios, video-foro, proyectos de investigación en la web etc.

En el uso de las técnicas de estudio se hará énfasis en la relatoría de las experiencias más significativas y de las buenas prácticas para la estructuración y reestructuración de los esquemas mentales.

V. Evaluación

Fecha	Competencia	Forma de Evaluación
15 de octubre	Interactúa con el grupo y asume una actitud crítica frente a la construcción de sus saberes atendiendo a las condiciones y factores que inciden en su aprendizaje.	Formativa/observación y lista de cotejo para evidenciar su desempeño idóneo Formativa sobre diagnóstico de aprendizaje y reflejado en un cuadrante
16 de octubre	Reflexiona sobre la importancia de dominar las técnicas de estudio como herramienta que le permita aprender permanentemente y le facilite la actividad académica, mostrando sus capacidades de pensamiento complejo, con sentido crítico.	Formativa/participación activa y dinámica para evidenciar su desempeño idóneo Participación en el trabajo en equipo, evidencia ponencia grupal
7 de octubre	Aplica las diversas técnicas y recomendaciones para el aprendizaje significativo en la lectura de materiales orientados con sentido de pertinencia, cientificidad y espíritu de superación	Formativa /participación de calidad para evidenciar el desempeño idóneo y presentación de un ensayo orientado el primer día

VI. Bibliografía consultada

1. Castelló, M. 2002 Las estrategias de aprendizaje. Cómo incorporarlas a la práctica educativa. Barcelona: Edebé; (4ª edición)
2. Pozo, J.I. 1999 El aprendizaje estratégico. Madrid: Santillana.
3. Díaz, B. 2006. Estrategias Docentes para un Aprendizaje Significativo. McGrawHill, México,
4. Dorado, C. 2005. Aprender a aprender. Estrategias y técnicas. Universidad Autónoma de Barcelona. Página Web <http://www.xtec.es/~cdorado/cdora1/esp/estrat.htm>. Consultado el 16 de septiembre 2010.
5. Yáñez C. 2006 Metodologías Didácticas para el Desarrollo de Competencias, URL. Guatemala.

6. ARENAS CRUZ, María Elena, 2007. Hacia una teoría general del ensayo. Construcción del texto ensayístico. Cuenca:

Elaborado por:
Msc. Eva Marlene Romano
Septiembre de 2010
Coordinación Diseño y Desarrollo Curricular
eva@ns.uca.edu.ni Cel: 88235060

La Profesora Romano, es Máster en Ciencias de la Educación y Didácticas Especiales – UAB, por la Universidad de Barcelona-España.

Actualmente, es docente en pregrado de la Universidad Centroamericana en las asignaturas de: Género y Equidad Social, Género y Desarrollo; Introducción a los Estudios de Género; Población y Desarrollo Humano; Medio Ambiente, Población y Desarrollo Sostenible; Cultura de Paz y Negociación; Didáctica de los Valores; El Nuevo Siglo: Temas del Presente y Comunicación y Género, Economía y Desarrollo. Teoría de la Educación y de los Aprendizajes, Los Medios de Comunicación Social I, Cultura, Ciencia y Mundo Actual, Pedagogía Ignaciana; Coordinadora de Diseño y Desarrollo Curricular, de la Vicerrectoría Académica, UCA; Representante por la UCA del Servicio de Voluntariado Universitario, adscrito al PNUD.

La profesora Romano imparte la asignatura Estrategia y técnicas de aprendizaje, en los programas de especialización y maestrías ofertados por nuestra casa de estudio.

En su actividad profesional, se ha desempeñado como asesora de la Dirección General Técnico Docente del INATEC; Docente de Cursos de Posgrado en temáticas pedagógicas (Aprendizaje Significativo y Evaluación de los Aprendizajes, Formación de Capacitadores); Metodóloga del Departamento de Capacitación Profesional, de la Dirección de Posgrado de la Universidad Centroamericana; Tutora

Eva Marlene
Romano Urbina



del Diplomado y Maestría en Educación y Aprendizaje URL- Guatemala-UCA; Docente del Diplomado Superior "Mejoramiento del ejercicio de la docencia" curso regular y sabatino, dirigido al profesorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana.

Ha sido instructora de cursos de capacitación sobre: "Perfeccionamiento Secretarial, Desarrollo de las Relaciones Humanas y Correspondencia Diplomática en el MINREX"; "Formación de Tutores de CONAPI en la Modalidad a Distancia y Elaboración de Material Autoformativo"; "Enfoque Socioc constructivista de la Educación Moderna"; "Posgrado en Metodología de la Enseñanza Universitaria".

ESTRATEGIAS DE APRENDIZAJE

INDICE

I- TEMA APRENDIZAJE	
Aprender a aprender.....	
Estrategias de aprendizaje.....	
II - TEMA LAS TECNICAS DE ESTUDIO Y DE APRENDIZAJE.....	
Técnicas de estudio	
El cuadro sinóptico	
El mapa conceptual	
El mapa mental	
Fichaje de documentos	
III. Bibliografía.....	

I - TEMA - APRENDIZAJE

Es un proceso activo y constructivo

El establecimiento de vínculos entre nuevas informaciones y conocimientos anteriores: es un proceso de reconstrucción de los conocimientos anteriores.

Requiere la organización constante de conocimientos

Concierne tanto a operaciones y habilidades cognitivas y metacognitivas como a experiencias vividas

Se refiere a los conocimientos cognitivos (hecho, conceptos y principios), procedimentales y actitudinales

Se aprende con los demás: la interacción con los demás es condición fundamental para su éxito.

1. Aprender a aprender

Es un componente elemental para enfrentar la rapidez del cambio social y profesional, se hace necesario que cada persona esté preparada para dirigir y regular su propio aprendizaje, ya que será un proceso continuo durante toda su vida. Se trata de aprender a autogestionar el aprendizaje.

Crece la demanda de una mayor capacidad para emprender, para resolver problemas y para tomar decisiones. Esta capacitación exige independencia de pensamiento y autonomía en la acción.

En definitiva, se trata de lograr la adquisición de una gran autonomía para aprender y actuar durante la estancia en la universidad y a lo largo de toda la vida.

El aprendizaje está condicionado por los procesos de atribución causal, es decir, a qué atribuyen los estudiantes el origen de su éxito o fracaso en el aprendizaje.

Generalmente los estudiantes relacionan el éxito o fracaso con cuatro causas: la propia habilidad para aprender, el esfuerzo dedicado, el azar y la dificultad de la tarea (Núñez y González, 1994).

La influencia de estas atribuciones sobre las expectativas de éxito o fracaso está en las características de estabilidad y controlabilidad más que en las atribuciones concretas. El azar y la dificultad de la tarea son incontrolables e inestables. Estas atribuciones disuaden de implicarse en la tarea y desmotivan.

Es necesario percibir la contingencia entre habilidad y éxito y entre esfuerzo y éxito para sentirse implicado en la tarea. Se puede facilitar esta percepción actuando de manera que los alumnos identifiquen como gestionar la habilidad y

el esfuerzo adaptándolos a la tarea, puedan identificar las estrategias necesarias en cada caso y no tengan datos significativos de que la suerte es un factor. Esto implica que las actuaciones docentes están fundamentadas y orientadas; las actividades y las pruebas de evaluación tienen sentido, son coherentes con la metodología de aprendizaje, guardan proporción con lo que han aprendido y sirven para verificar el éxito.

La atención y la implicación personal determinan el aprendizaje. Estas condiciones determinan el modo de organizar el tiempo y de secuenciar las actividades de aprendizaje para lograr un aprendizaje efectivo.

Algunas prácticas y hábitos frecuentes en la actualidad dificultan estos aspectos: la falta de serenidad, de energía y de tiempo dedicado al aprendizaje, a las clases y a la formación en general; la discontinuidad en la asistencia y en la tarea; el exceso de asignaturas; y los solapamientos sin una metodología adecuada.

La importancia del feedback en los procesos de aprendizaje. Sirve como indicador y guía del camino a seguir. Preserva las influencias negativas de las dimensiones tratadas anteriormente. Una información objetiva y fundamentada evita atribuciones causales erróneas.

Para adquirir las habilidades necesarias hay que conocer y utilizar procedimientos de acercamiento al conocimiento y disponer de herramientas que lo hagan posible. La cantidad de información procesada y registrada en diferentes soportes, justifica la inoperancia de utilizar el escaso tiempo de clase para proporcionar esta información.

Al realizar individualmente una lectura, una búsqueda o un análisis, no se desarrolla automáticamente la habilidad de aprender. Es necesario indicar qué actividades tiene que llevar a cabo cada estudiante con la información; cuáles son los elementos importantes que debe analizar cómo debe procesar esa información, cómo se contrasta el nuevo conocimiento con aprendizajes previos, cómo dicho conocimiento se aplica a otras situaciones, qué tipo de relaciones pueden establecerse con otras áreas, cómo puede valorar si él ha logrado el aprendizaje, etc. El profesorado tiene que planificar el trabajo para que el alumnado pueda llevar a cabo este proceso de aprendizaje de manera autónoma.

Todo aprendizaje exige motivación. Las situaciones de aprendizaje que pretendan promover la autonomía en el mismo, deberán cuidar el interés del estudiante suscitándole curiosidad, retándole a resolver situaciones problemáticas y proporcionándole confianza en que las puede resolver si conoce los medios adecuados y los utiliza debidamente.

Durante el desarrollo de la autonomía, es importante que el alumno experimente los aspectos positivos del riesgo y de la independencia en su actuación. Un elemento contraproducente en el desarrollo de la autonomía es la sensación de que las actuaciones son irreversibles y de que los errores no

admiten rectificación. Con frecuencia, el sistema universitario que une actividades de aprendizaje y evaluación no deja margen para esta experiencia.

2. Estrategias de aprendizaje

Las estrategias de aprendizaje son todas las tácticas, técnicas o comportamientos a los que recurrimos cuando necesitamos aprender algo de una manera más eficaz, por ejemplo reunir y organizar el material a estudiar, subrayar o marcar las ideas principales, hacer esquemas, listados de asuntos que no quedan claros para discutirlo con otras personas, entre otros. De esta manera, las estrategias constituyen actividades conscientes e intencionales que guían las acciones a seguir para alcanzar determinadas metas de aprendizaje.

Existen múltiples taxonomías para clasificar las estrategias de aprendizaje, pero la mayoría de autores coinciden en establecer tres grandes clases:

- a) **Las estrategias cognitivas** que hacen referencia a la integración del nuevo material con el conocimiento previo, son más específicas para cada tarea, más relacionadas con conocimiento y habilidades concretas, y más susceptibles de ser enseñadas.

Dentro de este grupo se distinguen las siguientes:

- Estrategias de repetición: consiste en pronunciar, nombrar o decir de forma repetida los estímulos presentados dentro de una tarea de aprendizaje. Se trataría, por tanto, de un mecanismo de la memoria que activa los materiales de información para mantenerlos en la memoria a corto plazo y, a la vez, transferirlos a la memoria a largo plazo.
 - Estrategias de elaboración: trata de integrar los materiales informativos relacionando la nueva información con la información ya almacenada en la memoria.
 - La estrategia de organización que intenta combinar los elementos informativos seleccionados en un todo coherente y significativo.
 - La estrategia de selección o esencialización cuya función principal es la de seleccionar aquella información más relevante con la finalidad de facilitar su procesamiento.
- b) **Las estrategias metacognitivas** hacen referencia a la planificación, control y evaluación por parte de los estudiantes de su propia cognición. Son un conjunto de estrategias que permiten el conocimiento de los procesos mentales, así como el control y regulación de los mismos con el objetivo de lograr determinadas metas de aprendizaje.

La metacognición permite el uso eficaz de estrategias de aprendizaje puesto que para que una persona ponga en práctica una estrategia, primero debe tener conocimiento de estrategias específicas y técnicas y saber cómo, cuándo

y por qué debe usarlas y debe observar la eficacia de las estrategias elegidas y cambiarlas según las demandas de la tarea.

- c) Las estrategias de manejo de recursos** son una serie de estrategias de apoyo que incluyen diferentes tipos de recursos que contribuyen a que la resolución de la tarea se realice con éxito.

Las estrategias de aprendizaje están constituidas de diferentes tácticas o técnicas de aprendizaje específicas para conseguir las metas de aprendizaje que precisan la puesta en acción de ciertas destrezas o habilidades que el alumno posee.

II- TEMA - LAS TÉCNICAS DE APRENDIZAJE

Las técnicas son actividades específicas que las personas llevan a cabo cuando aprenden: repetición, subrayado, realización de esquemas, entre otras.

Las técnicas pueden ser de observación, de análisis, de ordenamiento, de clasificación, de representación, de memorización, de interpretación y de evaluación.

Entre las técnicas de observación encontramos: la autoobservación (auto registros, diarios), observación directa (pautas de observación, check list, fichas), observación indirecta (entrevistas, encuestas), búsqueda de datos (ficheros de autores, ficheros de temas, lectura de rastreo).

Entre las técnicas de análisis encontramos: análisis oral (pautas de anotación, toma de apuntes), análisis textuales (subrayado lineal, gráficos, análisis estructural), análisis visual (pautas de análisis de imágenes).

Las técnicas de ordenamientos implican reunir, agrupar, listar y seriar. Para hacerlo organizamos índices, ficheros, agendas, directorios.

Las técnicas de clasificación implican jerarquizar, sintetizar, esquematizar, categorizar. Entre ellas encontramos: las técnicas de resumen (esquemas, resúmenes literales), las técnicas de puesta en relación (mapas conceptuales, redes semánticas, cuadros sinópticos), las técnicas de categorización (rankings, taxonomías).

Las técnicas de representación se basan en la simulación, la modelización, el dibujo. Según la forma de expresión escogida para el tratamiento de la información, podemos hablar de gráficas (histogramas, diagramas, estadísticas), icónicas (logotipos, maquetas, cuadros, mapas), verbal (figura retórica, chiste, historieta, adivinanza, dichos), cinético-gestual (mímica, juego de roles, dramatización).

Las técnicas de memorización suponen retener, conservar, archivar, evocar recordar. Según la dirección del procesos podemos distinguir las siguientes técnicas: codificar (repetir, asociar, idear), reconocer (identificación, conexión,

solapamiento), reconstruir (guiones, contextos, paisajes), mantener y actualizar (repaso).

Las técnicas de interpretación consisten en atribuir un significado personal a los datos contenidos en la información que se recibe. Para ello se opta por los siguientes procesos: justificación (parafraseo, transposición, argumentación), inferencia (analogías), transferencia (extrapolación, generalización).

Las técnicas de evaluación implican examinar, criticar, estimar y juzgar, para ello se pueden poner en práctica los siguientes procesos: diagnóstico (informes, detecciones, prospecciones), verificación (chequeo, control), regulación (reajustar, revisión, reparación), demostración (examen escrito – oral, test objetivo, prueba física), valoración (dictámenes, memoria, decálogos, juicios).

I -TÉCNICAS DE ESTUDIO

Considerando todos los elementos anteriores, para el estudio en formación universitaria recomendamos como técnicas de estudio el resumen, el cuadro sinóptico, el mapa conceptual y el fichaje de documentos.

A continuación describiremos brevemente cada una de estas técnicas:

1- El resumen:

Un resumen escrito es un texto que transmite la información de otro texto de manera abreviada. Hacer resúmenes es una técnica de estudio fundamental: exige una lectura atenta y comprensiva para identificar la información más importante incluida en el libro o artículo que hay que estudiar.

A la hora de repasar (antes de los exámenes o para una exposición), los resúmenes permiten leer rápidamente y recordar las ideas y conceptos fundamentales.

Un resumen tiene las siguientes características:

- Sigue paso a paso la disposición del texto que se está resumiendo.
- Respeta lo que dice el autor, y cuando se agregan opiniones propias, comentarios o información adicional, se indica y diferencia del resumen en tanto esto último conforma lo que se llama un texto paralelo.

Seleccionar las ideas importantes y eliminar todo aquello que es secundario es lo que caracteriza la elaboración de un resumen.

Pasos para hacer un resumen:

- a. Leer el texto completo, con la intención de comprenderlo.
- b. Seleccionar del texto solamente la información esencial, mediante el subrayado de las ideas principales o las palabras clave del texto.

De esta manera, se suprimen comentarios, evaluaciones, descripciones, ejemplos o aclaraciones que no agregan información nueva.

- c. Copiar el texto subrayado.
- d. Organizar los fragmentos resaltados, construyendo un nuevo texto con sentido e ideas relacionadas.

Para eso es necesario vincular la información entre oraciones y entre párrafos por medio de pronombres, sinónimos y conectores, que den coherencia y claridad.

- e. Intentar hacer el texto aún más breve, preservando lo esencial.

2. El cuadro sinóptico

Un cuadro sinóptico es una modalidad del resumen, e incluso lo podríamos considerar como un resumen esquematizado.

Al igual que el resumen en prosa, el cuadro sinóptico presenta la información condensada, con una ventaja adicional: permite visualizar la estructura y la organización del contenido expuesto en un texto.

Los cuadros sinópticos pueden elaborarse con ayuda de “llaves”, pueden tomar la forma diagramas, o utilizar para su confección una serie de columnas o hileras.

Los cuadros sinópticos permiten definir la forma como se encuentra organizado un escrito: sus elementos principales y la manera como están relacionados. Y ayudan al aprendizaje al permitir una representación esquemática de la información, lo cual facilita su recuerdo y comprensión. Apoya además en la preparación de tus exámenes, al facilitar el recuerdo de lo estudiado, por tenerlo esquematizado.

¿Cómo elaborar un cuadro sinóptico?

La elaboración de un cuadro sinóptico comprende dos etapas importantes:

- a) Determinación de los elementos esenciales del contenido.
- b) Representación esquemática de las relaciones existentes entre los elementos esenciales de ese contenido.

Para cumplir estas dos etapas se llevan a cabo los siguientes pasos:

- Determinar las ideas centrales del texto con la aplicación de la o las reglas para la elaboración de resúmenes que parezcan pertinentes;

- Relacionar los elementos esenciales del texto de manera que puedan ser organizados. Para ello, se requiere identificar el grado de generalidad de cada uno de esos elementos esenciales. Este grado de generalidad es relativo y hace que dentro de un escrito encontremos elementos de tres tipos:

Supraordinados: Son los elementos generales que incluyen a otros particulares.

Coordinados: Son elementos del mismo grado de generalidad que no se incluyen unos en otros.

Subordinados: Son los elementos más particulares que se encuentran englobados dentro de otros elementos supraordinados.

- Al elaborar un esquema, sin importar la forma que le se le de, debe contener los elementos esenciales del contenido y sus relaciones.

Algunos ejemplos de cuadros sinópticos:

○ **Ejemplo 1:**

Características del sistema absolutista

Política: Monarquía hereditaria; autoridad concentrada en un rey que tiene poderes absolutos.

Ideológica: Doctrina del origen divino del poder de los monarcas, por lo que su voluntad está por encima de las leyes.

Económica: Pensamiento económico mercantilista; control estricto del comercio y de la producción mediante monopolios estatales o privilegios de la nobleza.

○ **Ejemplo 2:**

Estructura social bajo e absolutismo:

Estamentos	Conformados por	Privilegios / Desventajas
Primer estamento	Clero	Poder económico derivado de diezmos y tierras; exención de impuestos.
Segundo estamento	Nobleza	Poder económico derivado de rentas de tierras y tributo de sus siervos; exención de impuestos.
Tercer estamento	Grupo social diverso, encabezado por la burguesía (banqueros, industriales,	Obligados a pagar impuestos y tributos. Carecen de derechos políticos.

Ejemplo

3:

**Factores que
contribuyen a
debilitar el
absolutismo hacia
fines del siglo XVIII**

1. Culturales

La Revolución Científica, iniciada por las teorías astronómicas de Copérnico, Galileo y Newton:

- transforma la visión del universo heredada de la Edad Media;
- fortalece la confianza en el potencial de la razón humana;
- debilita la credibilidad de la doctrina del origen divino del poder de los reyes.

2. Socio - económicos

La Revolución Industrial fortalece a la burguesía, clase social encabezada por banqueros, industriales y profesionales.

3. Políticos

La burguesía exige libertad económica y participación política.

3) El Mapa Conceptual

Los mapas conceptuales son **recursos** esquemáticos para representar un conjunto de significados conceptuales incluidos en una estructura de proposiciones.

Aplicando esta técnica de estudio es posible poner de manifiesto las estructuras proposicionales de un material, las relaciones existentes entre conceptos y la estructura jerárquica entre ellos, yendo de lo más general a lo más particular.

Los elementos fundamentales del Mapa Conceptual son:

Concepto: palabra o término que manifiesta una regularidad en los hechos, acontecimientos, objetos, ideas, cualidades, animales, etc.

Palabra Enlace: son las que unen dos conceptos. Cualquier palabra que no sea concepto.

Proposición: frase que consta de dos o más conceptos unidos por palabras enlace.

Los signos gráficos que se utilizan para diseñarlos son:

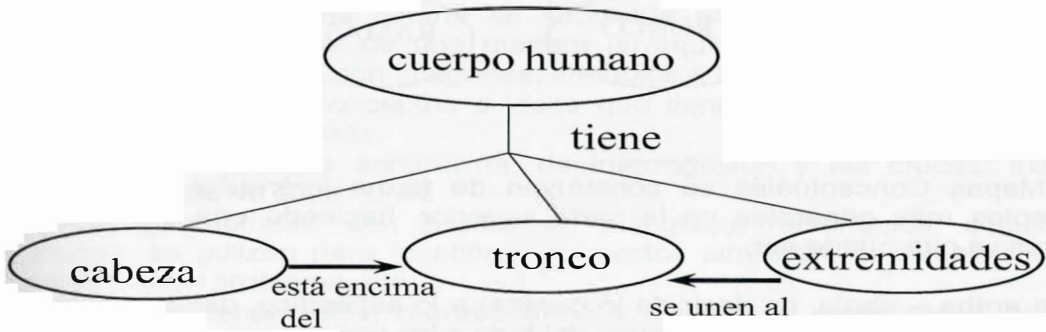
Elipse: todos los conceptos que aparecen en un Mapa Conceptual se colocan dentro de ella.

Línea: sobre o junto a ella se escriben las palabras enlace que unen los conceptos.

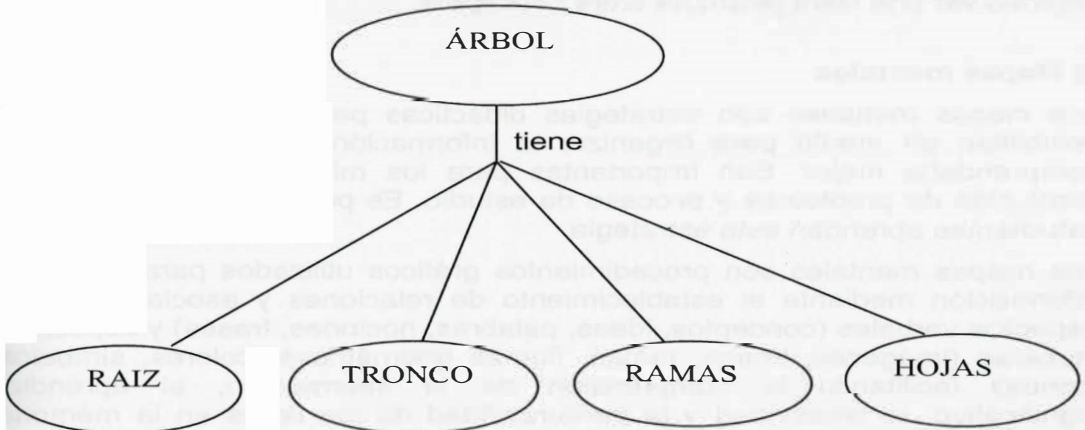
Flechas: se utiliza en las llamadas relaciones cruzadas cuando relacionamos dos conceptos para indicar la dirección de la relación.

Algunos ejemplos de mapas conceptuales:

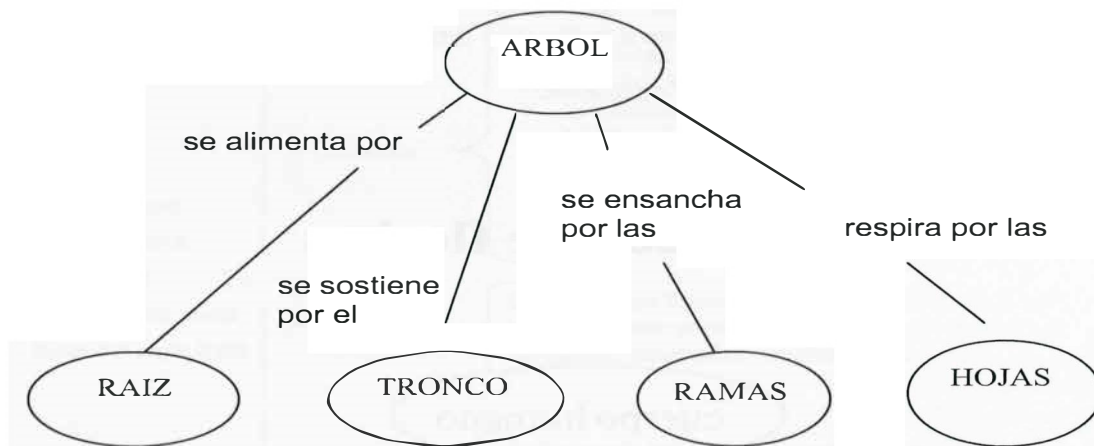
Utilización de flechas



Cambio de palabras enlace



Cambio de palabras enlace



Los Mapas Conceptuales se construyen de forma jerárquica ubicando los conceptos más generales en la parte superior, haciendo una diferenciación progresiva que puede ser:

- de arriba – abajo, es decir de lo general a lo específico, del concepto más inclusor hacia los más concretos, del todo a las partes.
- De abajo – arriba, yendo de lo particular a lo general, de lo simple a lo complejo y de las partes al todo.

Para elaborar los mapas conceptuales hay que tener en cuenta que es necesario que tengan un impacto visual, siendo sobrios, claros y limpios, dejando ver una clara jerarquía entre conceptos.

4) Mapas mentales

Los mapas mentales son estrategias didácticas para el saber conocer que posibilitan un medio para organizar la información de forma gráfica y así comprenderla mejor. Son importantes para los mismos estudiantes, en la resolución de problemas y proceso de estudio. Es por ello importante que los estudiantes aprendan esta estrategia.

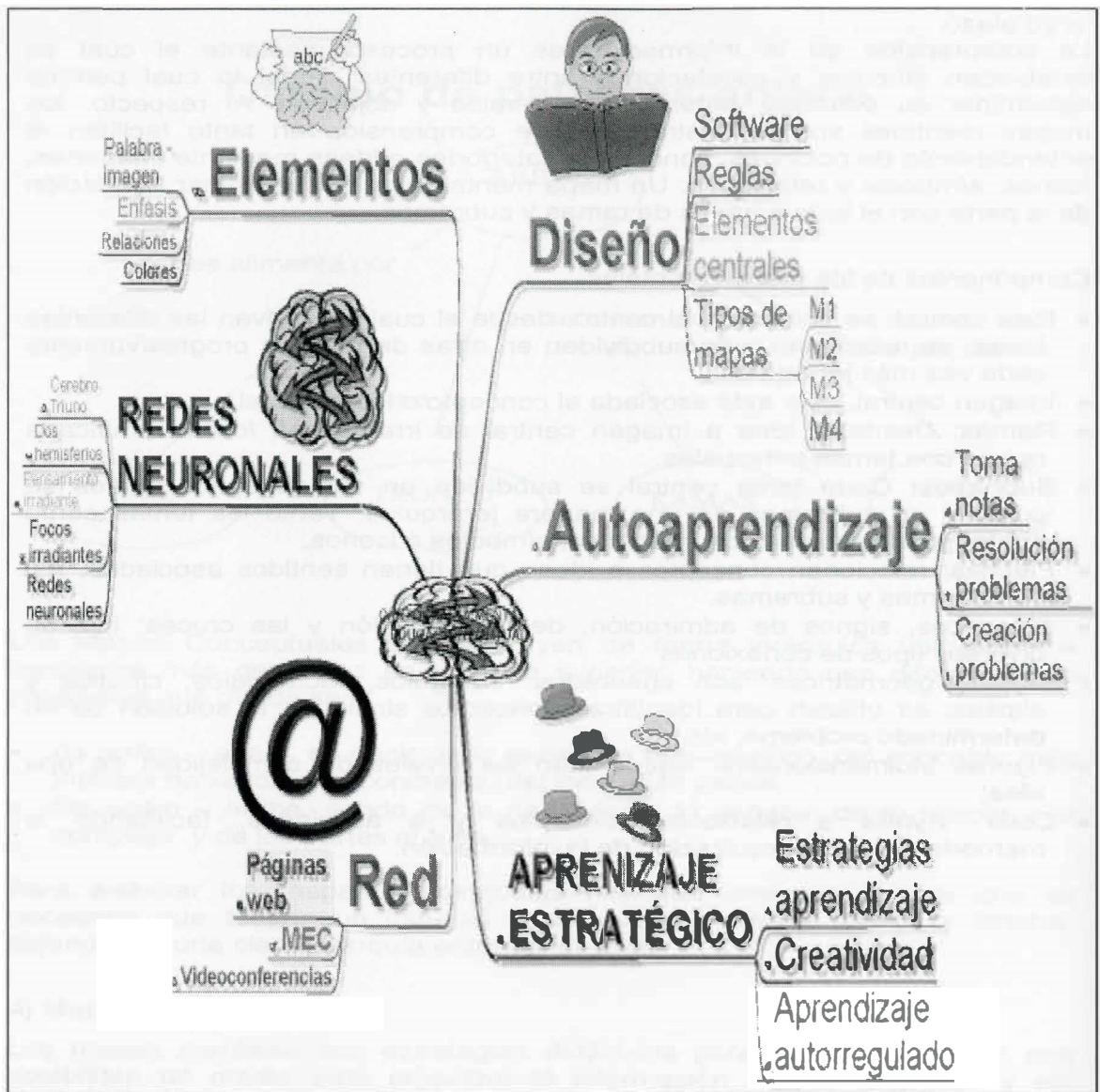
Los mapas mentales son procedimientos gráficos utilizados para procesar la información mediante el establecimiento de relaciones y asociaciones entre aspectos verbales (conceptos, ideas, palabras, nociones, frases) y aspectos no verbales (imágenes, líneas, ramas, figuras geométricas, colores, símbolos e íconos) facilitando la comprensión de la información, el aprendizaje significativo, la creatividad y la perdurabilidad de los datos en la memoria a

largo plazo.

La comprensión de la información es un proceso mediante el cual se establecen vínculos y asociaciones entre diferentes datos, lo cual permite determinar su contexto, naturaleza, dinámica y objetivos. Al respecto, los mapas mentales son un instrumento de comprensión en tanto facilitan el entendimiento de nociones, conceptos, categorías e ideas mediante imágenes, íconos, símbolos y relaciones. Un mapa mental permite determinar la relación de la parte con el todo a través de ramas y subramas.

Componentes de los mapas mentales:

- Idea central: se coloca en el centro, desde el cual se derivan las diferentes ideas, se relacionan y se subdividen en otras de manera progresivamente cada vez más jerárquica.
- Imagen central: ésta está asociada al concepto o idea central.
- Ramas: Desde la idea e imagen central se irradian en forma ramificada ramas con temas principales.
- Subramas: Cada tema central se subdivide en subtemas los cuales se colocan en subramas de una manera jerárquica. Tanto los temas como subtemas se asocian con imágenes, símbolos e iconos.
- Flechas: relacionan conceptos e ideas que tienen sentidos asociados, así como ramas y subramas.
- Asteriscos, signos de admiración, de interrogación y las cruces: indican diversos tipos de conexiones
- Figuras geométricas: son cuadrados, triángulos, rectángulos, círculos y elipses; se utilizan para identificar conceptos similares, la solución de un determinado problema, etc.
- Figuras tridimensionales: representan los niveles de complejidad de una idea;
- Color: Ayuda a relacionar conceptos y a asociarlos, facilitando la memorización y jerarquización de la información.



Leyes de los Mapas Metales

La realización de mapas mentales se hace teniendo como base las siguientes recomendaciones (BUZAN, 1996):

- a) Énfasis: se parte de un tema central desde el cual se van desplegando otros temas, acompañándose de una imagen que lo hace atractivo y posibilita la asociación. Los diferentes temas que se despliegan se describen por medio de palabras clave, las cuales se asocian con imágenes, símbolos, signos e

iconos. El grosor de las líneas va disminuyendo a medida que se van alejando del centro del mapa. La imagen central se realiza con tres o más colores. El texto del tema se realiza con 20 o más colores. Las palabras e imágenes se vinculan con sinestesia, es decir con asociación a los sentidos físicos. Las letras tienen diferente tamaño, color y forma de acuerdo a su importancia

- b) Asociación: se asocian las ideas mediante símbolos, códigos, líneas, colores. Así mismo, se utilizan flechas para hacer conexiones entre las diferentes ramas.
- c) Claridad: una palabra importante por línea, volumen balanceado, la longitud de la línea es igual a la longitud de la palabra, las líneas centrales son más espesas
- d) Estilo personal: es necesario explorar en un mismo documento diferentes tipos de presentación de mapas mentales y adecuarlos a lo que se quiere comunicar.
- e) Orden numérico: las ramas se pueden numerar con el fin de mostrar su prioridad ante un determinado asunto.

Algunos principios para elaborar mapas mentales

- a) Use énfasis para resaltar ideas con colores, tipo de letra, tamaño de letra, figuras, etc.
- b) Asocie el tema o concepto central a una imagen central que posibilite su comprensión o asociación
- c) Relacione las palabras, frases y nociones con imágenes a lo largo de todo el mapa mental
- d) Utilice tres o más colores para elaborar la imagen central
- e) Emplee 20 o más colores para el texto del tema, fondo o resaltador
- f) Relacione ramas y subramas entre sí al igual que las ideas. Emplee flechas en diferentes direcciones. Pinte las ramas de diferentes colores.
- g) Realice las ramas de manera más espesa que las subramas
- h) Implemente un estilo personal para realizar sus mapas mentales. Esto fomenta la creatividad y la comprensión de la información
- i) Emplee jerarquía en la organización de las diferentes ideas, ya que esto es esencial para organizar la información
- j) Utilice orden numérico para establecer prioridades y orden entre los temas y subtemas que van en las ramas
- k) Relacione los contenidos del mapa con los sentidos físicos (sinestesia).
- l) Emplee espacios organizados con un tamaño de las ramas proporcional a los temas y subtemas.
- m) Use sólo una palabra importante por la línea.
- n) Ponga la longitud de la línea igual a la longitud de la palabra

Así mismo, facilitan representar las competencias a formar para que los estudiantes comprendan mejor sus contenidos, como también las estrategias, metodologías, recursos y actividades a llevar a cabo. Como estrategia para el saber conocer es necesario complementarla con otras estrategias tales como los mapas conceptuales.

Cartografía mental computarizada

La cartografía mental computarizada es una disciplina mediante la cual se diseñan y emplean los mapas mentales utilizando software específico en computador.

Dado el importante aporte de los mapas mentales en la docencia, el aprendizaje, la administración y la organización de notas, exposiciones y conferencias, se han venido desarrollado varios programas de software con el fin de facilitar la elaboración de este tipo de gráficos y posibilitar su empleo en el procesamiento de la información con otros programas.

La mayoría de software permite realizar mapas mentales teniendo como base las leyes tradicionales establecidas por Tony Buzan, posibilitando la visualización, representación y organización de la información de manera sencilla, creativa e interesante; esto convierte tales programas en instrumentos esenciales para la comprensión y la generación de nuevas ideas.

La cartografía mental computarizada es una estrategia de aprendizaje que la podemos ubicar dentro del aprendizaje estratégico, la cual posibilita la orientación del sujeto en torno a la información, así como su manejo, comprensión, elaboración, creación y aplicación, utilizando tanto procedimientos verbales y analíticos como imágenes y gráficos. A través de la asociación y vinculación de conceptos claves e ideas con imágenes y símbolos se generan nuevas ideas, y es por ello que constituye un medio por excelencia para el desarrollo de la creatividad.

A través de la cartografía mental se promueven cambios en el hilo de pensamiento (cambio o transformación), se asumen posturas diferentes frente a un determinado tema (flexibilidad), se generan ideas diferentes frente a una temática o problema (generación), se elaboran juicios propios y se exponen los propios argumentos (autonomía) y se producen nuevas ideas, interrogantes y problemas que hacen avanzar el conocimiento hacia un nivel más alto de donde parte (extensión).

Para realizar mapas mentales, se recomienda bajar de INTERNET el programa **mindmanager** en la dirección www.mindjet.com. Este es uno de los mejores programas.

Para elaborar el mapa mental, proceda ahora mismo a bajar el programa **mindmanager** de la siguiente dirección: www.mindmanager.com e instálelo en su PC. Lo puede aprender a manejar teniendo en cuenta la Guía Instruccional anexa.

Lo más importante es que pueda cumplir con el compromiso de realizar un mapa mental del módulo utilizando el software indicado u otro similar.

Te invitamos a que aprendas a realizar mapas mentales y a que te motives a emplearlos en el área laboral, en tus conferencias y seminarios y, en general, en las diversas situaciones de la vida cotidiana donde es necesario tener muy buena organización de las ideas.

-Conozca más opciones de mapas:

Otras opciones de software para mapas, que puedes complementar en tu conocimiento, son los siguientes, y lo mejor de todo son software libre, esto es, se pueden descargar de forma gratuita:

<http://freemind.uptodown.com/>

http://freemind.sourceforge.net/wiki/index.php/Main_Page

<http://freehackers.org/~tnagy/kdissert.html>

Para mapas conceptuales:

Cmaptools

<http://cmap.ihmc.us/>

Conzilla

<http://www.conzilla.org/wiki/Overview/Main>

Compendium

<http://www.compendiuminstitute.org>

También pueden mirar esta aplicación:

<http://www.rev2.org/2007/06/04/9-great-ways-to-make-mind-maps-and-flow-charts-online/> es una buena selección de programas para mapas mentales.

En programas comerciales (pagando) algunos entrego para mapas mentales

Mind Manager <http://www.mindjet.com/us/> (este link es similar para acceder al inicialmente recomendado)

Inspiration

<http://www.inspiration.com/>

MindGenius

<http://www.mindgenius.com/website/presenter.aspx#topofpage>

VisualMind

<http://www.visual-mind.com/>

Mind Mapper

<http://www.mindmapperusa.com>

Y en mapas conceptuales:

SmartDraw

<http://www.smartdraw.com/specials/concept-map.htm?id=125354>

SMART

<http://www2.smarttech.com/st/en-US/Products/SMART+Ideas/Sample+maps.htm>

Crystal

<http://www.crystalmapping.com>

5) Fichaje de documentos

La ficha ha venido a constituir la base de la investigación moderna. Es necesario que el estudiante realice sus trabajos de investigación en fichas, con el fin de guardar de una manera sencilla los datos y comprenderlos mejor.

Clases de Fichas

Podemos encontrar diferentes tipos de fichas, pero las más comunes son:

Ficha bibliográfica.

Ficha Hemerográfica.

Ficha catalográfica.

Ficha de documentación.

Es blanca para que destaque en ella lo escrito con tinta oscura; opaca, para no fatigar la vista del lector. No debe ser rayada ni cuadriculada, tampoco debe escribirse por detrás. Si el espacio de una fecha resultara insuficiente para escribir todo lo que deseamos, debemos continuar en otra luego de asignarla con un número romano en la esquina superior derecha.

En cuanto al tamaño, no hay ninguna regla que ofrecer ya que cada investigador usará las fichas del tamaño que requiere su trabajo. No obstante, basándose en criterios eminentemente prácticos, recomendamos la medida internacional que presenta una ficha de 8 por 12 centímetros.

En las fichas se pueden considerar lecturas, observaciones, resúmenes, experiencias, etc. Acerca de determinado asunto o tema. Las fichas pueden también guardar el resultado de una serie de vivencias personales.

La ficha bibliográfica nos permite realizar escritos como los siguientes:

Ordenar una bibliografía completa.

Tener el resumen de algún tema, memoria o análisis.

Escribir una nota al final de un texto o en pie de página.

Hacer la síntesis de una publicación o cita textual.

Al realizar una ficha bibliográfica se debe de asegurar que todos los datos que tenemos en ella, nos permita identificar con precisión una obra.

Ficha Textual.

Este tipo de fichas se realiza la transcripción de un párrafo que contenga una idea importante para el trabajo de investigación que se está realizando.

En esta lectura selectiva y analítica el estudiante va localizando y tomando nota de los datos o ideas que se interesan.

Las técnicas más recomendables para la elaboración de la ficha textual son las siguientes:

Registrar en tarjetas la información más significativa de acuerdo con el plan de trabajo. Las citas textuales siempre se escriben entre comillas para distinguirlas de los comentarios o ideas personales del investigador.

Toda cita textual debe ser breve, tener unidad y representar una sola idea. Ahora bien, si una parte del texto que se quiere transcribir es innecesaria

puede eliminarse y en su lugar se anota tres puntos para indicar que se ha suprimido.

Ficha Personal

Se utiliza para anotaciones interpretativas. En el caso de que en ella se haga mención de algún autor u obra, no necesita llevar la referencia bibliográfica, pero sí una clasificación.

A manera de Conclusión le invito a leer los siguientes párrafos:

Construcción de esquemas y superación de errores conceptuales

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que aprender es un proceso de estructuración en el que las nuevas ideas se insertan, relacionan y organizan con las que previamente se tienen. Un aprendizaje de alto nivel exige una comprensión profunda y una fuerte actividad intelectual. No se trata, por tanto, de una acumulación de información que se va asociando sumativamente a la anterior.

Un aprendizaje que consista en la mera elaboración de una estructura lineal y acumulativa de conceptos memorizados, tendrá una permanencia breve y una aplicabilidad muy restringida. Por el contrario, un aprendizaje en el que se construya una estructura de múltiples elementos interrelacionados, será duradero y aplicable a múltiples situaciones.

Facilitar la comprensión profunda y dotar de recursos que favorezcan estructuras cognitivas complejas exige variedad y riqueza de actividad intelectual: analizar, comparar, sintetizar, interrogar, etc. Asimismo exige el uso estratégicos de procedimientos cognitivos (operaciones y habilidades) progresivamente más complejos y sofisticados: elaborar hipótesis, diseñar propuestas de actuación, gestionar información y regular el propio proceso de aprendizaje. Una adecuada progresión en la dificultad de las tareas, es decir, aquella que supone un reto intelectual percibido por el alumno como asumible con esfuerzo, y la aplicabilidad de las mismas serán condiciones valiosas de las estrategias para favorecer este tipo de aprendizaje (Yaniz, 2003).

En segundo lugar, una de las dificultades mayores para lograr un aprendizaje efectivo es la interferencia de conceptos erróneos, habitualmente generados por explicaciones personales acientíficas de las experiencias y fenómenos, o aprendizajes implícito (Pozo, 2000) y de conocimientos insuficientes, explicaciones parciales de los fenómenos que son consideradas como explicaciones completas de los mismos. Para superar estas dificultades será necesario utilizar estrategias y actividades que generen conflictos cognitivos, de manera que se experimente el error o la insuficiencia de la explicación y se busquen activamente nuevos conocimientos que permitan lograr el objetivo pretendido. La mera explicación y comprensión intelectual de la teoría explicada no es suficiente para superar el error.

Si desea profundizar en el tema le recomiendo leer el libro Los siete saberes para una educación del Siglo XXI, de Edgard Morín.

V- Bibliografía

Castelló, M. 2002 **Las estrategias de aprendizaje. Cómo incorporarlas a la práctica educativa**. Barcelona: Edebé; (4ª edición)

Pozo, J.I. 1999 **El aprendizaje estratégico**. Madrid: Santillana.

Díaz, B. 2006. **Estrategias Docentes para un Aprendizaje Significativo**. McGrawHill, México,

Dorado, C. 2005. **Aprender a aprender. Estrategias y técnicas**. Universidad Autónoma de Barcelona. Página Web
<http://www.xtec.es/~cdorado/cdora1/esp/estrat.htm>. Consultado el 6 de marzo 2008.

Maldonado M. 2003. Las competencias una opción de vida, Colección textos universitarios, Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia.

Making the Match Project, Managing Self, Communicating, Managing People and Tasks, y Mobilizing Innovation and Change.

Muñoz, M.T. **Estrategias de aprendizaje en estudiantes universitarias**. Biblioteca Virtual. Psicología Educativa / Psicopedagogía. Página Web
<http://www.psicologiacentifica.com/bv/psicologia-62-2-estrategias-de-aprendizaje-en-estudiantes-universitarias.html>. Consultado el 16 de febrero 2009.

The Concepts and Methods of the Competency Outcomes and Performance Assessment, Nueva York, 1999.

Tobón S. 2006 Formación Basada en Competencias, Ecoe Ediciones, Colombia

Valle, A., González, R., Cuevas, L., Rodríguez, S. y Baspino, M. 2006 **Las estrategias de aprendizaje: características básicas y su relevancia en el contexto escolar**.

Yañiz C. 2006 **Metodologías Didácticas para el Desarrollo de Competencias**, URL. Guatemala.
Universidad de La Coruña. Página Web
<http://extensiones.edu.aytolacoruna.es/educa/aprender/estrategias.htm>. Consultado 16 de febrero 2009.

Compiladora
Eva Marlene Romano
Coordinadora de Diseño y Desarrollo Curricular
Docente de temáticas pedagógicas.
eva@ns.uca.edu.ni

Derecho Penal Constitucional

Prof. Dra. Ma. Asunción Moreno

Especialización en **Derecho Penal** **y Derecho Procesal Penal**

PROGRAMA DE ASIGNATURA

I. Datos Generales

Módulo:

I

Nombre de la asignatura:

Derecho Penal Constitucional

Edición:

Primera edición

Modalidad:

Regular -nocturna

Número de créditos:

3 créditos

Total de horas:

36 horas presenciales y 24 horas de
investigación

Elaborado por:

Dra. María Asunción Moreno Castillo

Autorizado por (firma y sello):

Dr. Manuel Aráuz Ulloa - Decano

Fecha de aprobación:

15 / 05 / 2009

Día/Mes/Año

II. Fundamentación

Esta asignatura pretende introducir al estudiante en el estudio del Derecho Penal desde la Constitución de la República, a la cual, aquella rama del Derecho, como cualquier otra, se subordina por el principio de supremacía de ley. En este sentido, en un primer momento, se analiza jurídicamente la relación existente entre estos dos campos del Derecho. Posteriormente, se desarrolla el contenido constitucional dentro del Derecho Penal, comenzando por el análisis de los principios constitucionales aplicables al Derecho Penal, tales como, el Principio de legalidad, de taxatividad, *non bis in idem*, Principio de retroactividad/irretroactividad, Principio de proporcionalidad, Principio de culpabilidad, Principio de resocialización, Principio de humanidad de las penas, etc. Se continúa con el análisis de la configuración constitucional del delito y de la pena, así como de los derechos del procesado y de la víctima del delito.

El programa tiene dos partes claramente diferenciadas. En la primera parte, abordaremos todo lo relacionado a las bases constitucionales del derecho penal, y la segunda parte la dedicaremos a conocer los distintos métodos de interpretación de la ley penal a partir de la Constitución y los bienes jurídicamente penalmente protegidos.

Finalmente, se hace un esbozo comparativo entre la Constitución, el Derecho Internacional y el Derecho Penal y sus interrelaciones y pautas interpretativas, concluyendo con un estudio de la jurisprudencia, tanto nacional e internacional, en materia penal constitucional.

III. Objetivos generales

1. Identificar los principios configuradores del Derecho Penal desde la Constitución.
2. Generar un espacio abierto de discusión, con alto grado de especialización para el análisis de la relación Constitución y el Derecho Penal e interpretación de la ley penal.

IV. Esquema de contenidos y distribución del tiempo

Nombre de la asignatura	Número de la Unidad o tema	Nombre de la Unidad o tema	Horas de atención directa del docente	Horas de autoestudio	Total de horas
Módulo I DERECHO PENAL					
Derecho Penal Constitucional I	1	Bases constitucionales del Derecho Penal	12	8	20
	2	Interpretación de la ley penal a partir de la Constitución. Bienes jurídicamente protegidos	24	16	40
Total			Horas 36	Horas 24	60 horas

V. Programa analítico

Unidad 1. Bases constitucionales del Derecho Penal

◆ **Objetivos específicos:**

Ofrecer herramientas de análisis a los estudiantes que les permitan realizar una interpretación del derecho penal a partir de preceptos constitucionales.

◆ **Contenidos:**

1. Introducción: Configuración constitucional de la facultad punitiva **(6 horas presenciales y 4 de autoestudio)**
 - a) La Constitución como límite al Derecho Penal: Valores principios y normas constitucionales configuradores del Derecho penal.
 - b) Fundamento de la facultad punitiva del Estado .

- c) Principios constitucionales del Derecho Penal garantista. El principio de legalidad. Fundamentos, garantías y contenido. Principio limitadores del derecho penal
 - d) El derecho penal del enemigo frente al Derecho Penal constitucional.
2. Interpretación de la ley penal a partir de la Constitución. Bienes jurídicamente protegidos. **(6 horas presenciales y 4 de resolución de casos)**
- a) La interpretación de la ley penal. Función y clasificación. Principios y criterios interpretativos.
 - b) Ámbito temporal de la ley penal. Análisis jurisprudencial. El principio de irretroactividad de la ley penal. El principio *nom bis in idem*. Ámbito espacial de la ley penal. La extradición. Principio de territorialidad.
 - c) La configuración constitucional del delito: Culpabilidad (peligrosidad vs. culpabilidad, personal jurídicas, aspecto subjetivo del delito).
 - d) La configuración constitucional de la pena: Las penas y la Constitución. Fundamentos, fines y razonabilidad de las penas.

Unidad 2. Interpretación de la ley penal a partir de la Constitución. Bienes jurídicamente protegidos

◆ Objetivo específico:

Ofrecer a los estudiantes las herramientas necesarias para razonar e interpretar la ley penal a partir de los distintos métodos de interpretación jurídica.

◆ Contenidos:

- 1. Interpretación de la ley penal a partir de la Constitución. Bienes jurídicamente protegidos **(12 horas presenciales y 8 de autoestudio)**
 - a) La interpretación de la ley penal. Función y clasificación. Principios y criterios interpretativos.
 - b) Ámbito temporal de la ley penal. Análisis jurisprudencial. El principio de irretroactividad de la ley penal. El principio *nom bis in idem*.
 - c) Ámbito espacial de la ley penal. La extradición. Principio de territorialidad.
- 2. La configuración constitucional del delito: Culpabilidad (peligrosidad vs. culpabilidad, responsabilidad de la persona Individual y de las personas jurídicas, aspecto subjetivo del delito). **(6 horas presenciales y 4 de autoestudio).**

3. La configuración constitucional de la pena: Las penas y la Constitución. Fundamentos, fines y razonabilidad de las penas (**6 horas presenciales y 4 de autoestudio**)

VI. Orientaciones metodológicas

Las orientaciones metodológicas se fundamentan en una concepción constructivista del aprendizaje que posee esta Universidad, tomando en cuenta los principios de un aprendizaje significativo que parten de los conocimientos previos para la construcción y reconstrucción de sus propios aprendizajes.

El punto de partida se basa en el planteamiento de situaciones, que le permiten a los/as estudiantes actualizar sus conocimientos, contextualizarlos y además generar un ambiente motivador y con una intensa actividad mental que les lleve a reflexionar y justificar sus actuaciones, promoviendo la interacción en el aula de clase.

El facilitador del proceso de aprendizaje es el/la Docente, que utiliza una gama de estrategias metodológicas tales como: lluvias de ideas, ensayos, preguntas guías, cuadros sinópticos, diagramas, preguntas exploratorias, mapas semánticos, cuadros comparativos, mapas cognitivos entre otros ofreciendo diversos materiales debidamente actualizados, fiables y científicos. La importancia de las estrategias estriba en que permiten regular el conocimiento que puede obtener el estudiantado y la forma en que adquieren dicho conocimiento, lo cual es provocado por la secuencia de actividades adecuadas a situaciones concreta.

La docencia se llevará a cabo mediante clases teóricas y prácticas. Las primeras se articularán de forma que los alumnos no se conviertan en meros receptores de las explicaciones docentes. Con tal finalidad, se fomentará su participación a través de debates, exposiciones orales o cualquier otra clase de actividad que les implique activamente en la enseñanza. Tanto la asistencia a clase, como el grado de interés demostrado por el alumno, serán tomados en consideración en el momento de la evaluación.

En las clases prácticas en las que se valorará, asimismo, el esfuerzo realizado por el alumno- se planteará supuestos en los que éste, basándose en sus conocimientos teóricos, tendrá que aplicar los criterios constitucionales en el ámbito del derecho penal sustantivo y procesal. Los estudiantes resolverán casos prácticos utilizando el Código Penal vigente y la Constitución.

VII. Sistema de evaluación

Siguiendo el paradigma constructivista el sistema de evaluación deberá verse como un proceso integral partiendo de: *Evaluación Diagnóstica* con el propósito conocer el nivel de conocimientos, habilidades y actitudes de los participantes, al inicio de la asignatura. Además debe tomar en cuenta la *Evaluación Formativa*, que persigue conducir al participante a la autorregulación de su aprendizaje para que pueda superar las limitaciones encontradas y por último la *Evaluación Sumativa*, que tiene por objeto valorar los aprendizajes alcanzados al final del período de la asignatura.

La evaluación del curso consistirá en la resolución de un examen teórico práctico. En dicho examen, se valorará la asimilación de conceptos y la claridad en la exposición de ideas, así como su aplicación a un caso concreto. La participación en clase y las tareas realizadas.

VIII. Bibliografía

Bibliografía Básica

- ◆ CONSTITUCION, CODIGO PENAL Y CODIGO PROCESAL.

CALDERON Cerezo, A.-Choclan Montalvo, J.A., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2001 (6 ejemplares).

- ◆ COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1999.

- ◆ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2002 (3 ejemplares).

Bibliografía recomendada

1. CARBONNEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: Conceptos y principios constitucionales*, Tirant loBlanch, 1999.

2. DE VICENTE MARTINEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Colección los delitos, 2004.
3. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del galantismo penal*, Editorial Trotta, 1989.
4. GOMEZ COLOMER, Juan Luis /TIJERINO PACHECO, José Ma. (coordinadores), *Manual de Derecho procesal penal nicaragüense*, Tirant lo Blanch, 2005.
5. HUERTA TOCILDO, Susana, "Principio de legalidad y normas sancionadoras" en: *El Principio de legalidad*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2000, 11 -77.
6. GRACIA MARTIN, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, 2004.
7. JAEN VALLEJOS, Manuel, *Los principios superiores del derecho penal*, Dykinson, 1999.
8. LUZON PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal*, Editorial Hispamer, 1995.
9. MORENO CASTILLO, Ma. Asunción, *Estudio Preliminar de los Delitos y de las penas de Cesare Beccaria*, Editorial Hispamer, 2001.
10. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De la tolerancia cero al Derecho Penal del enemigo*, Servicios gráficos, 2005.
11. VIVES ANTON, Tomás, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995.

IX. BiblioWeb

1. Klaus Tiedemann "Constitución y Derecho penal"
[Http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_21.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_21.pdf)
2. Ma Inmaculada Ramos Tapia /Jan Woischnik "Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad"

[Http://www.kas.de/wf/doc/kas_8332-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_8332-544-1-30.pdf)

3. Alejandro J. Rodríguez Morales "Derecho penal de autor y Derecho penal del acto"
[Http://www.google.com.ni/search?hl=es&lr=lang_es&as_qdr=all&q=derecho+penal+constitucional+filetype:pdf&start=30&sa=N](http://www.google.com.ni/search?hl=es&lr=lang_es&as_qdr=all&q=derecho+penal+constitucional+filetype:pdf&start=30&sa=N)
4. Luigui Ferrajoli. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales
[Http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf)



María Asunción Moreno Castillo

Coordinadora General de Postgrados y Formación Continua.

La Profesora María Asunción Moreno Castillo, es Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá, Madrid, España; graduada con "sobresaliente cum laude"; Master en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Derecho Constitucionales de Madrid; actualmente, es Catedrática de Derecho Penal (de acuerdo a escalafón) y Coordinadora General de Postgrados y Formación Continua de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana. En su actividad profesional se ha desempeñado como asesora de la Comisión de Justicia y Comisión Interparlamentaria de la Asamblea Nacional y consultora internacional en materia de terrorismo, independencia judicial, justicia penal, libertad de expresión, libertad de información. Es coautora del Código Procesal Penal y del nuevo Código Penal, también elaboró el borrador de proyecto de ley antiterrorista, entre otros. Encargada de la elaboración y evaluación del examen técnico en los concursos de oposición para ejercer el cargo de Defensor Público y Fiscal de la República de Nicaragua. En el ámbito de la investigación es miembro del Consejo de Investigación de la Universidad Centroamericana y responsable del área de investigaciones y publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas, además de ser miembro del Consejo Editorial de la Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo, de Legis, Bogotá Colombia. Algunas de sus publicaciones son: El Observatorio de la Justicia Penal: Funcionamiento del Sistema de Justicia Penal en Nicaragua (2005 y 2006); La regulación jurídica de la comunicación en Nicaragua (2004); La protección penal del derecho a la intimidad [Revista de Derecho No. 6/2003]; Delincuencia económica, El acceso a la información sobre la actuación de la Administración Pública, (Revista de Derecho No. 4/2003); El rescate de la Justicia, (2003); La imagen de la justicia (2001); De los delitos y de las penas, Estudio preliminar a la obra de Cesare Beccaria, (2000); La reforma Penal en Nicaragua, (2000), coautora del Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense (2006), coautora del Código Procesal Penal concordado (2007), entre otros.

Luigi Ferrajoli

Derecho y razón

Teoría del garantismo penal

Prólogo de Norberto Bobbio

Editorial Trotta

Capítulo 13

¿QUE ES EL GARANTISMO?

56. Tres acepciones de «garantismo»

1. *El estado de derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación.* Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto se si considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de «garantismo» nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático. Ahora es posible distinguir tres acepciones de la palabra «garantismo», diversas pero relacionadas entre sí, que corresponden a otros tantos temas tratados en las tres primeras partes de este libro pero susceptibles también de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico.

Según una primera acepción, «garantismo» designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» SG propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la li-

bertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de *grados* de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismo de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

2. *Teoría del derecho y crítica del derecho.* En una segunda acepción, «garantismo» designa una *teoría jurídica* de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el «ser» y el «deber ser» *en el* derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia —dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica— que subsiste entre validez (e ineffectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Una aproximación semejante no es puramente «normativista» y tampoco puramente «realista»: la teoría que contribuye a fundar es una *teoría de la divergencia* entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes. La desarrollada en este libro es, por ejemplo, una teoría garantista del derecho penal normativista y realista al mismo tiempo: referida al funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez; referida a los modelos normativos tal y como se expresan en sus niveles más altos, es idónea para revelar su grado de efectividad y, sobre todo, de ineffectividad. Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación *interna* del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión *crítica* hacia las leyes vigentes, a causa del

doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo.

Esta perspectiva crítica no es externa, política o metajurídica, sino interna, científica y jurídica, en el sentido de que asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente, evidenciando sus antinomias en vez de ocultarlas y deslegitimando así, desde el punto de vista del derecho válido, los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del derecho efectivo. Esto dista de ser lo habitual en la ciencia y en la práctica jurídica, en las que un malentendido positivismo jurídico suele dar aliento a actitudes acríticamente dogmáticas y contemplativas frente al derecho positivo y sugiere al jurista la tarea de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en vez de hacerlas explícitas y denunciarlas. Y lo es más aún en la cultura política y en el sentido común, donde habitualmente prevalece el obsequio al derecho vigente cualquiera que sea y a sus modos incluso ilegales de funcionamiento práctico. En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal —y por tanto irrealizado y pendiente de realización— de sus propias fuentes de legitimación jurídica.

3. *Filosofía del derecho y crítica de la política.* En una tercera acepción, en fin, «garantismo» designa una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre «ser» y «deber ser» del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente *externo*, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado.

Como hemos señalado, este punto de vista fue característico del pensamiento ilustrado y de la «ciencia de la legislación» por él elaborada en los orígenes del moderno estado de derecho; y es común, por otra parte, a toda perspectiva no conservadora, sea reformista o revolucionaria. Más en general, la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado y no sólo del poder penal. En un doble sentido: porque el punto de vista

externo es el de abajo o *ex parte populi*, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o *ex parte principis*; y porque el primero es el que expresa los valores extra —o meta— o pre-jurídicos «fundamentantes», o sea, los intereses y las necesidades «*naturales*» —individuales y colectivas— cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas «*artificiales*»¹ que son las instituciones jurídicas y políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la auto-fundamentación y la auto-justificación del derecho y del estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos. Añadido que la carga de la justificación externa es idónea para fundamentar doctrinas políticas que admiten justificaciones no absolutas o totales, sino contingentes, parciales, *a posteriori* y condicionadas, no sólo, como se ha visto en el capítulo 6, del derecho penal, sino del derecho y del estado en general.

4. *Una teoría del garantismo.* Estas tres acepciones de «garantismo», de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad —de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral— estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas —jurídicas y políticas— que permiten poner de manifiesto.

El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser, en los múltiples sentidos ilustrados en el apartado 15. Esta separación, elaborada en los orígenes del estado de derecho por el pensamiento ilustrado, debe ser considerada en todo su alcance —epistemológico, teórico y político— por dicha teoría como

objeto privilegiado de investigación en los diversos planos del análisis jurídico: el meta-jurídico de la relación entre derecho y valores ético-políticos externos, el jurídico de la relación entre principios constitucionales y leyes ordinarias y entre leyes y sus aplicaciones, y el socio-lógico de la relación entre derecho en su conjunto y prácticas efectivas. Sólo el reconocimiento de la divergencia —insuperable en cuanto ligada a la estructura deóntica de las normas— entre normatividad y efectividad permite en efecto plantear el análisis de los fenómenos huyendo de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o, al contrario, de los valores como hechos. Esta doble falacia está en la base de muchas regresiones ideológicas que caracterizan a la historia de la cultura no sólo penalista sino jurídica en general: tanto de las filosofías de la justicia, por lo que concierne a la relación entre ser y deber ser *del* derecho y por consiguiente al problema de la justificación externa o política; así como de las teorías del derecho, en lo que hace a la relación entre ser y deber ser *en el* derecho y por ende al problema de la validez interna o jurídica. Una teoría del garantismo, además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es en consecuencia también una *crítica de las ideologías*: de las ideologías *políticas*, ya sean iusnaturalistas o ético-formalistas, las cuales confunden, en el plano político externo, la justicia con el derecho, o peor aún a la inversa; y de las ideologías *jurídicas*, tanto normativistas como realistas, que paralelamente confunden, en el plano jurídico o interno, la validez con la vigencia o, al contrario, la efectividad con la validez.

57. A) *Un modelo de derecho. Estado de derecho y democracia*

1. *El estado de derecho: gobierno «per leges» y gobierno «sub lege».* *Legitimación formal y legitimación sustancial.* En la primera de las tres acepciones que se han distinguido, el «garantismo» es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el *estado de derecho*.

«Estado de derecho» es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político: la idea, que se remonta a Platón y a Aristóteles, del «gobierno de las leyes» contrapuesto al «gobierno de los hombres»², la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, el pensamiento político liberal sobre los límites de la actividad del estado y sobre el estado mínimo, la doctrina iusnaturalista del respeto de las libertades fundamentales por parte del derecho positivo, el constitucionalismo inglés y norteamericano, la tesis de la separación de poderes, la teoría jurídica del estado elaborada por la ciencia alemana del derecho público del siglo pasado y después por el normativismo

kelseniano. Según una distinción sugerida por Norberto Bobbio, puede querer decir dos cosas: gobierno *sub lege* o sometido a las leyes, o gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas³. Al menos en el campo del derecho penal, «estado de derecho» designa ambas cosas: el poder judicial de descubrir y castigar los delitos es en efecto *sub lege* por cuanto el poder legislativo de definirlos se ejercita *per leges*; y el poder legislativo se ejercita *per leges* en cuanto a su vez está *sub lege*, es decir, está prescrita por ley constitucional la reserva de ley general y abstracta en materia penal.

Poder *sub lege* puede por otra parte entenderse en dos sentidos diversos: en el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y en el sentido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos. Diré que el primero de estos significados corresponde al uso alemán de *Rechtsstaat*, mientras el segundo corresponde al uso inglés de *rule of law* y al italiano de *stato di diritto*⁴. En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal⁵; en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por el contrario sólo los estados constitucionales —y, en particular, los de constitución rígida como es típicamente el italiano—, que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder. En términos generales, podemos asociar estos dos significados de «estado de derecho» a las dos nociones del principio de legalidad aquí elaboradas: a la legalidad en sentido lato, o *validez formal*, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y a la legalidad en sentido estricto, o *validez sustancial*, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión.

El término «estado de derecho» se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de «garantismo». Por eso designa no simplemente un «estado legal» o «regulado por la ley», sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: *a*) en el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público —legislativo, judicial y administrativo— está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); *b*) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de

los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial. Como se ha visto en los apartados 26.3, 28.3 y 37.3, la primera de estas dos condiciones representa la fuente de *legitimación formal* de cada poder; la segunda, su fuente de *legitimación sustancial*. Gracias a estas dos fuentes no existen, en el estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no sólo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos en teoría, de responsabilidad para sus autores.

Recuperando una tesis formulada en el apartado 28.3, ahora podemos identificar en términos generales estas dos fuentes de legitimación con los dos modelos de legalidad, lógicamente distintos, que he diferenciado varias veces en este libro sólo con referencia al derecho penal: con la *legalidad en sentido amplio*, en virtud de la cual la ley es condicionante (según la fórmula *nulla poena... sine lege*) y con la *legalidad en sentido estricto* en cuya virtud la ley se encuentra condicionada (según la fórmula *nulla lex sine...*). El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición *formal* de legitimidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos *sustanciales* la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. En el derecho penal, donde el derecho fundamental en juego es la inmunidad del ciudadano frente a prohibiciones y castigos arbitrarios, estos contenidos sustanciales se han concretado en la «taxatividad» de las hipótesis de delito, que comporta, de un lado, la referencia empírica a los tres elementos constitutivos que encuentran expresión en las garantías penales y, del otro, su verificabilidad y refutabilidad en las formas expresadas por las garantías procesales. En los otros sectores del ordenamiento los derechos fundamentales objeto de tutela son diversos; pero también ellos, cuando están constitucionalmente garantizados, se configuran como vínculos de validez para la legalidad ordinaria, por lo que ésta resulta igualmente caracterizable como estricta legalidad. En todos los casos se puede decir que la *mera legalidad*, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su *legitimación formal*, mientras la *estricta legalidad*, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su *legitimación sustancial*.

2. *Democracia y estado de derecho: «quién» puede y «cómo» se debe decidir; «qué» se debe y «qué no» se debe decidir.* La distinción

entre legitimidad formal y legitimidad sustancial, o sea, entre condiciones formales y condiciones sustanciales impuestas al válido ejercicio del poder, es esencial para aclarar la naturaleza de la relación entre *democracia política* y *estado de derecho* en los ordenamientos modernos. Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre *quién* puede y sobre *cómo* se debe decidir, y las reglas sobre *qué* se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente *democrático* (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter *de derecho* (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico.

La Constitución italiana por ejemplo, contiene reglas tanto del primer tipo como del segundo, que sirven, respectivamente, para caracterizar a nuestro ordenamiento como estado «democrático» y como estado «de derecho». Las reglas de la democracia política, contenidas sobre todo en la segunda parte, son las que disciplinan las formas de expresión de la soberanía popular definiendo *quién* decide y *cómo* se decide y estableciendo a tal fin competencias y procedimientos: tales son las normas sobre el sufragio universal para la elección de los órganos legislativos, el principio de mayoría en la formación de sus decisiones, los diversos métodos de elección indirecta de los demás órganos del estado, según sus diversas funciones, y similares. En cambio, las reglas del estado de derecho, contenidas preferentemente en la primera parte, son las que garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos, estableciendo *qué* no se debe o se debe decidir e impartiendo con ese fin prohibiciones y obligaciones a los poderes del estado: por una parte, las prohibiciones de suprimir o limitar, fuera de las formas y los casos taxativamente previstos, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, la libertad de opinión, los derechos de reunión y de asociación, de culto y de circulación; por otra, las obligaciones de remover las desigualdades sociales, de promover las condiciones que hacen efectivo el derecho al trabajo, de proteger a las minorías lingüísticas, de asegurar la educación y la salud, de mantener y asistir a los incapacitados para el trabajo y a cuantos carezcan de medios de subsistencia. Puede añadirse que habitualmente la violación de las reglas del primer tipo es causa de inexistencia o falta de vigencia, mientras que la de las reglas del segundo tipo es causa de invalidez de las normas producidas; y que la característica estructural del estado de derecho respecto al mero estado legal es la posible divergencia entre validez y vigencia, o sea, la existencia de normas vigentes pero inválidas por ser conformes a las reglas del primer tipo pero no a las del segundo.

Resulta superfluo recordar que el estado moderno nació históri-

camente como estado de derecho mucho antes que como estado democrático, como monarquía constitucional y no como democracia representativa. Más exactamente, nació como estado de derecho limitado por prohibiciones (o deberes negativos de no hacer) pero no vinculado por obligaciones (o deberes positivos de hacer). El núcleo esencial de las primeras cartas fundamentales —desde la antigua *Magna Charta* inglesa a las declaraciones de derechos del siglo XVIII y hasta los estatutos y las Constituciones del XIX— está formado por reglas sobre los límites del poder y no sobre su fuente o sus formas de ejercicio. Pero también axiológicamente, y no sólo cronológicamente, la limitación legal del poder soberano precede a su fundamentación democrático-representativa. La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contrapone al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil. «Sobre cuestiones de existencia», se ha dicho, «no nos dejamos poner en minoría»⁶.

El pensamiento iusnaturalista y contractualista de la Ilustración formuló esta regla primaria de la relación entre estado y ciudadano y de la convivencia civil entre mayoría y minorías, concibiendo los derechos vitales del hombre como «naturales» y su garantía como condición de legitimidad de ese «hombre artificial que es el estado» y del pacto social que él mismo asegura. La gran innovación institucional de la que nació el estado de derecho fue sin embargo la positivización y constitucionalización de estos derechos a través de lo que en el apartado 26.4 he llamado «incorporación limitativa» al ordenamiento jurídico de los deberes correspondientes impuestos al ejercicio de

los poderes públicos. Es con la estipulación constitucional de tales deberes públicos cuando los derechos naturales pasan a ser derechos positivos *inviolables* y cambia así la estructura del estado, a partir de ahora ya no absoluto sino limitado y condicionado. «La declaración de los derechos», dice el art. 1 de la segunda parte de la Constitución francesa de 1795, «contiene las obligaciones de los legisladores»⁷. Estas obligaciones, en la medida en que su satisfacción sea efectivamente exigible, forman las *garantías* del ciudadano: que son contra la mayoría, al haber sido instituidas contra cualquier poder para tutela sobre todo de los individuos y de las minorías que carecen de poder; y son contra la utilidad general, teniendo como fin exclusivo la tutela de los derechos individuales⁸. Gracias a ellas el legislador, incluso si es o representa a la mayoría del pueblo, deja de ser omnipotente, dado que su violación confiere vigencia a normas no sólo injustas sino también inválidas, y por consiguiente censurables y sancionables no sólo política sino también jurídicamente.

Es así como la transformación del estado absoluto en estado de derecho acontece a la vez que la transformación del súdito en *ciudadano*, es decir, en sujeto titular de derechos ya no sólo «naturales» sino «constitucionales» frente al estado, que resulta a su vez vinculado frente a él. El llamado contrato social, una vez traducido a pacto constitucional, deja de ser una hipótesis filosófico-política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos con soberanía recíprocamente limitada.

3. *Los derechos fundamentales: libertades y expectativas. Estado de derecho liberal y estado de derecho social.* En la tradición liberal se concibió el estado de derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de los bienes pre-políticos de la vida y de las libertades (además de la propiedad). En efecto, las *garantías liberales* o *negativas* consisten únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer —de dejar vivir y de dejar hacer— que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones.

Se entiende que el campo más importante de estas prohibiciones de prestación es el que se refiere al uso de la fuerza y, por ello, ante todo el derecho punitivo, del derecho penal ordinario al derecho administrativo de policía. Es en este campo en el que las Constituciones han vinculado más rigidamente a los poderes públicos, cualesquiera que sean su fuente y su forma. Ninguna ley, acabamos de decir, aun votada por una mayoría aplastante, puede disponer o consentir que un hombre sea castigado sin haber cometido algún hecho prohibido o por haber realizado actos inofensivos, meramente internos o sin culpa; y un ciudadano, sobre todo si es discrepante o desviado, no goza del mínimo de garantías por el hecho de que la decisión de condenarlo se

adopte con el consenso unánime de sus conciudadanos si no se ha llegado a la prueba de su culpabilidad en un juicio desarrollado de forma contradictoria con su defensa⁹. Las garantías penales y procesales, como hemos dicho otras veces, no pueden ser más que un sistema de prohibiciones inderogables: prohibiciones de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar o de sancionar de alguna otra forma, *si no* concurrieren las condiciones establecidas por la ley en garantía del ciudadano frente a los abusos de poder. Prohibiciones análogas, por lo demás, garantizan los derechos de libertad no sólo frente a los poderes estatales sino también frente a los poderes privados, al no permitir su privación ni aun con el consentimiento de los titulares de los mismos. Ni siquiera por contrato un hombre puede ser obligado a privarse de la vida o de las libertades fundamentales, reconocidas a cada ciudadano como derechos «personalísimos»¹⁰. Además de *inviolables* o *inderogables*, estos derechos son también *indisponibles* e *inalienables*: y es precisamente esto, como expondremos mejor en el apartado 60.2, lo que los distingue de cualquier otro tipo de derecho, en particular del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales, que no son inviolables, puesto que no son, obviamente, inalienables¹¹.

Junto a los tradicionales derechos de libertad, las Constituciones de este siglo han reconocido sin embargo otros derechos vitales o fundamentales: los ya recordados derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la información y similares¹². A diferencia de los derechos de libertad, que son *derechos de* (o *facultades* de comportamientos propios) a los que corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer), estos derechos, que podemos llamar «sociales» o también «materiales», son *derechos a* (o *expectativas* de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder *obligaciones* (o deberes públicos de hacer). La noción liberal de «estado de derecho» debe ser, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones. Diremos por consiguiente que cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como *estado de derecho liberal*; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *estado de derecho social*.

Esta dicotomía entre *garantías liberales negativas* y *garantías sociales positivas*, y correlativamente entre los dos tipos de normas de derecho público —negativas y positivas— que las establecen, me parece que expresa la diferencia entre estado liberal y estado socialista de manera más apropiada que otras distinciones elaboradas con ese fin, como la de Friedrich Hayek entre normas de conducta y normas de organización, o la de Herbert Hart entre normas primarias que im-

ponen obligaciones y normas secundarias que confieren poderes¹³. Tal diferencia reside, en efecto, no tanto en la diversa estructura de las normas en general como sólo en la de las normas de derecho público que disciplinan las actividades del estado y que aquí llamaré «secundarias» respecto a todas las demás, a las que llamaré «primarias»¹⁴. Podemos por tanto caracterizar al *estado liberal* como un estado limitado por *normas secundarias negativas*, es decir, por prohibiciones dirigidas a sus órganos de poder; y al *estado social o socialista*¹⁵, como un estado vinculado por *normas secundarias positivas*, es decir, por mandatos igualmente dirigidos a los poderes públicos. La técnica garantista es siempre la de la *incorporación limitativa* de los derechos civiles y, correlativamente, de los deberes públicos a los niveles normativos superiores del ordenamiento: la declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos, repetimos, equivale a la declaración constitucional de los deberes del estado. Cambia sin embargo profundamente la estructura normativa del poder estatal, no (ya sólo) limitado negativamente por prohibiciones de impedir y «derechos de», sino (también) funcionalizado positivamente por obligaciones de satisfacer los «derechos a». Y cambia igualmente la base de legitimación del estado: mientras el estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder y, hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones *sociales* de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.

Es obvio que los dos tipos de garantías y los correspondientes modelos de estado no se excluyen entre sí, como a veces se afirma conforme a contraposiciones injustificadas entre libertades individuales y justicia social¹⁶, pero tampoco se implican recíprocamente, como por el contrario quisieran algunas utopías anarquistas o marxistas-leninistas basadas en la idea de un cierto nexo insoluble entre perfecta igualdad y libertad plena. Los dos modelos son más bien lógicamente independientes entre sí: pueden darse (e históricamente se han dado) estados liberales profundamente antisociales, como lo fueron los paleocapitalistas del siglo pasado; estados sociales profundamente antiliberales, como los del socialismo real; estados antiliberales y antisociales al mismo tiempo, como muchas dictaduras del primero y del

tercer mundo que han afligido a nuestro siglo; y, en fin, estados al menos normativamente tanto liberales como sociales en cuanto enuncian y garantizan los derechos fundamentales a prestaciones negativas y los asimismo fundamentales a prestaciones positivas.

El enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la elaboración de *garantías sociales o positivas* adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad. Las prestaciones positivas del estado en beneficio de los ciudadanos han tenido ciertamente un enorme desarrollo de hecho, con el crecimiento en este siglo del *Welfare State* y la multiplicación de las funciones públicas de tipo económico y social. Pero este desarrollo se ha producido en gran parte a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos, el juego no reglado de los grupos de presión y de las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y de los privilegios, así como de sedes extra-legales, incontroladas y ocultas de poder público y para-público¹⁷. No se ha realizado ni teorizado, en suma, un estado social de derecho, es decir, caracterizado —más que por concesiones— por obligaciones taxativamente establecidas y sancionadas, por derechos claramente definidos y accionables frente a órganos públicos exactamente individualizados y, con ello, por la certeza, la legalidad y la igualdad en la satisfacción de las expectativas.

Volveré más adelante sobre esta carencia. Baste decir aquí que la misma se ha debido a la ajenidad política y cultural al pensamiento liberal de las nuevas figuras de los derechos sociales, maduras en el campo socialista, y a la no menor ajenidad al pensamiento socialista de las categorías garantistas del estado de derecho, elaboradas en el campo liberal. En el plano práctico ha sido el efecto de las resistencias de los aparatos y de sus vocaciones absolutistas y también de dificultades objetivas sin duda superiores a las encontradas por el estado liberal. En primer lugar, efectivamente, mientras las garantías liberales requieren del estado prestaciones negativas consistentes en un no hacer y que, por consiguiente, de por sí no cuestan nada, las garantías sociales exigen al estado prestaciones positivas y tienen en consecuencia un coste económico, si bien no mayor para la colectividad que el del estado social burocrático o paternalista. En segundo lugar, mientras los «derechos de» responden al esquema de la *facultas agendi*, los «derechos a» lo hacen al de la *pretensión*; de suerte que los unos son situaciones que se pueden llamar *activas*, en el sentido de que son directamente activables o tutelables mediante el ejercicio pacífico por sus titulares, mientras que las otras son situaciones *pasivas*, cuya satisfacción requiere una actividad de otros sujetos. En tercer lugar, mientras la violación de las prohibiciones públicas establecidas en garantía de los «derechos de» da lugar a *antinomias*, es decir, a

normas vigentes pero inválidas, la violación de las obligaciones públicas establecidas en garantía de los «derechos a» produce *lagunas*, es decir, carencia de normas: y si una antinomia puede ser resuelta con la anulación o la reforma de la norma inválida, una laguna sólo puede ser colmada con una actividad normativa no siempre fácilmente coercible o subrogable.

4. *Democracia formal y democracia sustancial. El garantismo como base de la democracia sustancial.* El estado de derecho, como resulta del conjunto de las garantías liberales y sociales, puede ser, pues, configurado como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la democracia política. Precisamente, si la regla del estado liberal de derecho es que *no sobre todo se puede decidir*, ni siquiera por mayoría, la regla del estado social de derecho es que *no sobre todo se puede dejar de decidir*, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede dejar de decidir, incluso aunque no interesen a la mayoría. Sólo para todo lo restante vale la regla de la democracia política según la cual se debe decidir por mayoría, directa o indirecta, de los ciudadanos.

Sin embargo, en un sentido no formal y político sino sustancial y social de «democracia», el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la *mayoría*, los intereses y las necesidades vitales de *todos*. En este sentido, el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba. No existe diferencia, en este sentido, entre derechos de libertad y derechos sociales: también los derechos sociales, como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiende a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría.

Todo esto justifica, a mi entender, una redefinición del concepto de «democracia». Llamaré *democracia sustancial* o *social* al «estado de derecho» dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y *democracia formal* o *política* al «estado político representativo», es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad. *Sustanciales*, respecto de las *formales* de democracia política, pueden ser en efecto consideradas las normas secundarias que las enuncian: las cuales, de manera diferente a las normas sobre el «qué»

y sobre el «cómo» se debe decidir, que se refieren a las fuentes y las formas de producción de las normas primarias, hacen referencia a «qué» se debe o no se debe decidir y, por ello, a sus contenidos sustanciales. Y *sociales*, respecto de las *políticas* en materia de representación, pueden ser consideradas sus funciones: mientras, en efecto, el estado representativo supone que la soberanía resida en el pueblo y que, por consiguiente, su ejercicio sea legítimo en cuanto represente la voluntad de la mayoría, el estado de derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos y sean por tanto legítimas en cuanto tutelen y realicen concretamente tales intereses. En el orden lógico, los dos modelos de democracia son obviamente independientes, siendo independientes entre sí los sistemas de garantías constitucionales dirigidos a asegurarlos: por una parte, las reglas idóneas para asegurar, según los esquemas formales de la *mera legalidad*, la manifestación, directa o indirecta, de la voluntad de la mayoría; por otra, las reglas idóneas para vincular, según los esquemas sustanciales de la *estricta legalidad*, los objetos que no deben o deben ser materia de decisión, cualquiera que sea el sujeto llamado a decidir y sea cual fuere su voluntad. Pero es también claro, en el plano axiológico, que la democracia sustancial incorpora valores más importantes, y por consiguiente previos, en relación con la formal. Ninguna mayoría, se ha dicho, puede decidir la supresión de un inocente o la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un grupo minoritario; y tampoco puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a un ciudadano le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. En suma, el principio de la democracia política, relativo al *quién* decide, se encuentra subordinado a los principios de la democracia social relativos a *qué no es lícito decidir* y a *qué es lícito dejar de decidir*.

Si esto es verdad, la expansión de la democracia, tras la conquista política del sufragio universal, podrá acontecer no sólo mediante la multiplicación de las sedes también no políticas en las que resulta formalmente democratizado el «quién» y el «cómo» de las decisiones¹⁸, sino sobre todo mediante la extensión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes —democráticos y burocráticos, públicos y privados— para la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar una mayor efectividad. Como veremos en el apartado 60, la noción de «bien» o «derecho vital» es histórica y no natural, ético-valorativa y no empírico-descriptiva. El aire que se respira no fue nunca en el pasado un bien jurídico o un derecho, porque no había estado nunca amenazado; está llegando a serlo hoy con los peligros de la guerra atómica, de la contaminación radiactiva y de otras catástrofes artificiales. Si en la época liberal sólo se consideraron vitales los derechos a la vida y a la libertad y en este siglo también el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza

y similares, hoy el catálogo de bienes fundamentales se ha ampliado, al haber crecido el número de las amenazas a las condiciones naturales de vida.

Un proyecto de democracia social forma por tanto un todo único con el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes. Con una fórmula sumaria podemos representar a semejante ordenamiento como *estado liberal mínimo* y a la vez como *estado social máximo*: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas. Es inútil decir que semejante proyecto reclama del sistema político un aumento de la *complejidad institucional* y no, por cierto, una simplificación y menos la extinción del estado, como quisieran, en cambio, las utopías acariciadas por la tradición anarquista y la marxista-leninista; y, al mismo tiempo, exige de la ciencia del derecho una *imaginación jurídica* no menor que la desarrollada por el pensamiento reformador ilustrado en materia de derechos de libertad. Aunque sólo sea porque las garantías de los «derechos a», «materiales» o «sociales», a diferencia de las de los «derechos de libertad», requieren la elaboración, más que de técnicas negativas de invalidación, de mecanismos positivos de distribución y de control de las prestaciones dirigidas a satisfacerlos.

5. *La aporía de la irreducible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el estado de derecho.* Es claro, conforme a lo que hasta ahora se ha dicho, que cuanto más se expanden en un ordenamiento los derechos y las garantías con la incorporación de deberes públicos, tanto mayor puede ser la divergencia entre normatividad y efectividad, entre validez y vigencia, entre deber ser y ser del derecho. Corresponde a la naturaleza deóntica de los deberes, no importa que estén impuestos a poderes públicos, la posibilidad de ser violados. Y está en la misma naturaleza deóntica de los valores la imposibilidad de ser íntegramente realizados. La proclamación de los derechos fundamentales, como por lo demás del principio de igualdad y por otro lado de la representación, equivale a la estipulación de valores. Y contiene, por eso, un elemento de utopía, siendo la *utopía* un elemento integrante de la noción de *valor* en el sentido de que es propio de los valores el hecho de no ser nunca perfectamente realizables o de una vez por todas y de admitir siempre una satisfacción sólo imperfecta, es decir, parcial, relativa y contingente. Precisamente por esto los valores son *universales e imperecederos*.

De aquí se sigue una latente y estructural *ilegitimidad jurídica* del estado de derecho debida a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores. Esta ilegitimidad puede alcanzar formas patológicas, cuando las normas de nivel superior son del todo inefectivas. Pero también en los ordenamientos más perfectos existe siempre un margen acaso estrecho pero irreductible de ilegitimidad del poder basado en la voluntad, en los derechos y los intereses populares, dado que aquella voluntad, aquellos derechos y aquellos intereses no resultan nunca realizados y garantizados en su integridad. Ésta es una aporía insuprimible de todo estado de derecho, desconocida en el estado absoluto, donde no existen promesas o deberes que vinculen jurídicamente a los poderes públicos y validez y vigor coinciden. Es la misma que atormenta al *estado de derecho liberal*, en el que las *antinomias*, o violaciones por comisión, dan lugar a las divergencias entre normatividad y efectividad que por lo que se refiere al derecho penal han sido ilustradas en este libro; y atormenta aun más al *estado de derecho social*, en el que las *lagunas*, o violaciones por omisión, son tan llamativas como para hacer que los actuales estados sociales de tipo asistencial y clientelar se parezcan bastante más al *Wohlfahrtsstaat* paternalista del despotismo ilustrado que a los sistemas jurídicos de garantías. A diferencia de los estados absolutos, dotados de una estructura normativa elemental, en los estados de derecho antinomias y lagunas son, en suma, un fenómeno estructural, tanto más relevante cuanto más complejos son los desniveles entre las diversas actividades normativas. Por esto, frente al problema de la ineffectividad y de la consecuente ilegitimidad en el estado de derecho, siempre es una solución regresiva la búsqueda de la coherencia mediante interpretaciones restrictivas de las normas de nivel superior para hacerlas compatibles con las de nivel inferior o, peor, mediante reformas de la llamada «constitución formal» para adecuarla a la llamada «constitución material»¹⁹; mientras que es siempre progresiva, aun a costa de ver crecer las incoherencias del ordenamiento, toda interpretación extensiva de los valores constitucionales o, mejor aún, toda reformulación normativa en términos más ricos y vinculantes.

El progreso del estado de derecho y de la democracia sustancial, difícil y fatigoso, consiste obviamente, más que en el crecimiento de las promesas, en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad. Puesto que la distancia entre deber ser y ser forma parte de la imperfección del mundo, tal realización resulta siempre imperfecta. Pero esta distancia es también la principal fuerza ofrecida —al menos en el plano jurídico— a los titulares de los derechos proclamados pero insatisfechos: gracias precisamente a las garantías, tales derechos, en la medida en que son insatisfechos, pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones, obligarlos a las prestaciones que les corresponden. En este sentido, el estado de derecho es ca-

racterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que éstos producen y no producen. El análisis de las formas de esta deslegitimación constituye uno de los principales problemas teóricos de una ciencia jurídica garantista. Y esto remite a nuestra segunda acepción de «garantismo», a la que se dedica el apartado siguiente.

58. B) Una teoría del derecho. El derecho ilegítimo

1. *Garantismo y positivismo jurídico.* Si es verdad que el garantismo coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivación en el marco del estado de derecho, aquél no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico. Este horizonte se ha venido delineando a su vez dentro de la experiencia jurídica y política *moderna*. Más exactamente modernas son, por un lado, la *forma estatal del derecho* y, por otro, la *forma jurídica del estado*. Fue, en efecto, en la edad moderna, con la formación de los estados nacionales y con el desarrollo de las *codificaciones*, como se afirmó la forma y el monopolio estatal de la producción jurídica, o sea, el principio de que son jurídicas todas y sólo las normas producidas por el estado. Y le siguió de cerca, remontándose a las declaraciones de derechos del XVIII y después a los estatutos y a las *constituciones* que se sucederán durante todo el siglo pasado, la afirmación de la forma y de la legitimación jurídica del estado, es decir, de la sujeción a la ley de todos los poderes públicos según las formas ya analizadas del «estado de derecho».

Probablemente no se ha dado en la historia ninguna revolución «político-institucional» tan radical. Para comprender su alcance bastará recordar la naturaleza tan opuesta de la experiencia jurídica premoderna. El derecho premoderno —desde el derecho romano al derecho común europeo— fue, como se sabe, un derecho no legislativo, sino jurisprudencial y doctrinal. Como es obvio, existían también en el derecho premoderno fuentes estatutarias que regulaban aspectos particulares o sectores de la vida civil. Sin embargo, estas fuentes no estaban organizadas en sistemas unitarios, exhaustivos y, mucho menos, exclusivos respecto a fuentes o sistemas de fuentes en concurrencia con ellas. La consecuencia era una pluralidad de fuentes y de ordenamientos coexistentes y en ocasiones en conflicto —iglesia, imperio, feudalidad, municipalidad, corporaciones y otros— y de ahí la confusión, la falta de certeza y sobre todo la falta de plenitud y la incoherencia del derecho estatutario. Varias fuentes en contradicción entre sí, todas de validez incierta y ninguna exclusiva y exhaustiva, equivalen en efecto a la ausencia de un sistema formal de fuentes positivas. Por eso, más allá de las contingentes fuentes estatutarias,

permaneció como derecho vigente el viejo derecho romano transmitido y enriquecido por la ciencia jurídica medieval. En otras palabras, el derecho premoderno consistía, más que en un sistema de leyes, en un patrimonio doctrinal o literario.

Esto quiere decir que antes del surgimiento en la Edad Moderna del monopolio estatal de la producción jurídica no existió una distinción real entre el derecho como sistema de normas «objetivo» o «positivo» y la ciencia del derecho. El derecho, aparte de las diversas y confusas fuentes estatutarias, estaba constituido por las mismas opiniones y elaboraciones de los «doctores», desde las de los jurisconsultos romanos recibidas en el *Corpus iuris* hasta las de los sucesivos juristas del derecho común y del canónico; y su principio de legitimación no era la fórmula iuspositivista *auctoritas, non veritas facit legem*, sino la opuesta, iusnaturalista, *veritas, non auctoritas facit legem*. No se comprendería la persistente vitalidad epistemológica del iusnaturalismo todavía en la cultura filosófica y jurídica del siglo pasado si no se tuviera en cuenta este horizonte institucional de la experiencia jurídica premoderna. A falta de un sistema formalizado de fuentes positivas, la fuente de legitimación del derecho y el objeto de la ciencia jurídica no era el derecho *positum* por alguna *auctoritas*, sino precisamente su *veritas* o *natura*: o sea, directamente la justicia o el derecho *natural*, inmediatamente extraídos, a través de la razón y el conocimiento, de la ciencia o el saber jurídico.

Es claro que, con respecto a esta experiencia, la positivación o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico. La naturaleza jurisprudencial y doctrinal del derecho válido y su identificación con el derecho natural o con la justicia se resolvían de hecho, no obstante la aparente racionalidad, en una total incertidumbre y arbitrariedad del derecho vigente. La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma «legal», «convencional», o «artificial», es decir, «positiva», del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por vez primera se autonomiza como «objeto» o «universo» empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas. Bajo ambos aspectos el *principio de legalidad* viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y, por otra parte, de las válidas, es efectivamente constitutivo del *moderno derecho* positivo y al mismo tiempo del moderno estado de derecho; en cuanto principio de reconocimiento de las propias normas como empíricamente dadas o positivas, es constitutivo de la

moderna ciencia del derecho como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto.

Más exactamente, entendido como fuente jurídica de legitimación, el principio de legalidad representa un *postulado jurídico* del iuspositivismo sobre el que descansa la función garantista del derecho frente al arbitrio. Se puede incluso afirmar, con aparente paradoja, que la idea de la legalidad como fuente exclusiva y exhaustiva del derecho positivo nació precisamente como una instancia iusnaturalista de racionalidad y de justicia. En dos sentidos, que después corresponden a los dos modelos de legalidad (lata y estricta) y de legitimación (formal y sustancial) en los que aquí se ha articulado el principio: por una parte, en el sentido de que la (mera) legalidad, como fuente (formal) de la vigencia de las normas jurídicas, es una garantía de certeza y, por tanto, de libertad frente a los poderes, que si no actuarían sin freno; por otra parte, en el sentido de que la (estricta) legalidad, como fuente (sustancial) de la validez de las normas mismas, constituye una técnica de positivación y de estabilización de los derechos fundamentales de los ciudadanos apta para hacer funcional a su satisfacción y tutela el «artificio» estatal, que si no sería «absoluto».

Entendido como principio de reconocimiento de las normas jurídicas, el principio de legalidad es, en cambio, un *postulado meta-científico* de la ciencia jurídica sobre el que se basa la posibilidad de su control empírico e intersubjetivo. A diferencia de la experiencia jurídica premoderna, en la que al faltar un sistema de fuentes exclusivas y exhaustivas el derecho se identificaba en gran parte con las opiniones de los juristas, que por ello tenían un carácter inmediatamente normativo, en la experiencia jurídica moderna el principio de legalidad, al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma. Precisamente, como he señalado en los apartados 28.1 y 28.2, el principio de mera legalidad es condición necesaria de una ciencia como ésta, a la que sirve para delimitar su universo-objeto (positivo o existente) mediante la identificación de todas y sólo las normas que pertenecen al mismo; el principio de estricta legalidad, en la siempre imperfecta medida que resulta satisfecho, constituye también para aquélla una condición suficiente al estar dirigido a dotar a las normas de denotación taxativa y, por consiguiente, a permitir, aunque sólo sea de forma aproximada, el uso de las palabras «verdadero» y «falso» a propósito de las aseveraciones sobre el derecho. Incidentalmente, puesto que la taxatividad es un contenido sólo de la estricta legalidad penal, la instancia de una ciencia jurídica lo más rigurosa posible desde una opción garantista únicamente viene postulada en el derecho penal. En todos los casos, gracias al principio de legalidad, las *normas* se objetivan como *hechos* empíricos separados del jurista y objetos de su interpretación. Claro que estos hechos son siempre hechos norma-

tivos y lingüísticos, reguladores y a su vez regulados jurídicamente. Y es precisamente de esta ambivalencia de donde nacen los problemas meta-teóricos y teóricos más espinosos de una teoría general del garantismo.

2. *Iuspositivismo dogmático y iuspositivismo crítico. La crítica jurídica del derecho vigente inválido.* «Derecho como norma» y «derecho como hecho» son las divisas contrapuestas de las dos principales orientaciones —normativismo y realismo— en las que se divide la teoría del derecho contemporánea. En realidad, como he demostrado en el apartado 26, lo mejor es concebir norma y hecho, normatividad y efectividad, como los dos puntos de vista, parciales y complementarios, desde los que puede contemplarse todo fenómeno jurídico normativo. Cada uno de éstos —al menos en los ordenamientos mínimamente complejos, y típicamente en los propios del estado de derecho— es a la vez norma respecto a los hechos (también normativos) que regula y hecho (aun cuando normativo) respecto a las normas que lo regulan. En consecuencia, como se ha dicho, «derecho *vigente*» no coincide con «derecho *válido*»: está vigente, aunque sea inválida, una norma efectiva que no cumple todas las normas que regulan su producción. Y no coincide, por otra parte, con «derecho *efectivo*»: está vigente, aunque sea inefectiva, una norma válida no observada por las normas cuya producción regula.

Llamo «iuspositivismo dogmático» a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad: tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes sólo las normas efectivas. Ambas orientaciones son, a mi modo de ver, *ideológicas* en los dos sentidos ilustrados en los apartados 15.2 y 23.1: la primera porque se limita a contemplar el derecho válido olvidándose de su posible inefectividad; la segunda porque se limita a considerar el derecho efectivo pasando por alto su posible invalidez. Además de dar lugar a las aporías de que he hablado en el apartado 26, las dos tienen el defecto de cerrarse, por su unilateralidad, una al análisis y la crítica de la inefectividad de las normas válidas (puramente aceptadas como vigentes) y de la efectividad de las normas inválidas (descuidadas como no vigentes), la otra a la de la invalidez de las normas efectivas (puramente aceptadas como vigentes) y de la validez de las normas inefectivas (descuidadas como no vigentes). Precisamente, una aproximación exclusivamente normativista, al limitarse al análisis (del significado) de las normas, permite solamente describir el «deber ser» normativo de los fenómenos jurídicos regulados, pero no su «ser» efectivo. A la inversa, una aproximación exclusivamente realista, al limitarse a la observación de lo que sucede de hecho, permite sólo describir los fenómenos jurídicos tal como «son» efectivamente, y no

como normativamente «deben ser». En ambos casos resultan favorecidos modelos unidimensionales de ciencia jurídica: en el primero, la visión acrítica y edificante de la imagen legal (pero desgraciadamente a veces irreal) que con sus normas un sistema jurídico da de sí mismo y su identificación con el «ser» del derecho; en el segundo caso, la constatación acrítica y resignada de sus modos de funcionamiento reales (pero desgraciadamente a veces ilegales) y su identificación con el «deber ser» del derecho. El resultado común es la legitimación ideológica del derecho inválido vigente: ya porque resulta ignorado como no vigente, o bien porque resulta acreditado como válido.

Una teoría garantista del derecho —no solamente penal— parte en cambio de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad²⁰. Esta distinción, como se ha visto a su tiempo, es esencial para comprender la estructura normativa del estado de derecho, caracterizada: *a*) por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación con el superior; *b*) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; *c*) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; *d*) por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento.

Esta tendencial e irreductible ilegitimidad del poder es el tema privilegiado de investigación de una teoría del derecho de orientación garantista, que, por consiguiente, se configura sobre todo como *crítica del derecho* positivo vigente no meramente externa, política o *de iure condendo*, sino interna, jurídica o *de iure condito*, puesto que va dirigida a sus aspectos de inefectividad y de invalidez. Este planteamiento, que bien podemos llamar «positivismo crítico», se refleja en el modo de concebir el trabajo del juez y del jurista, y pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente.

3. *Dos dogmas del iuspositivismo dogmático: la obligación del juez de aplicar la ley y la avaloratividad de la ciencia jurídica.* El primero de estos dogmas consiste en la afirmación de la existencia para el juez de una obligación jurídica de aplicar las leyes vigentes, que desde Bentham a Kelsen es un postulado teórico del positivismo²¹. Después de lo dicho hasta ahora, es evidente que esta tesis, al menos en los es-

tados de derecho dotados de constitución rígida, no es del todo verdadera: cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces—incluso aun menos para los jueces—una obligación jurídica de aplicarlas.

¿Qué quiere decir que una ley existe o está vigente? Significa sólo que está contenida en un texto legislativo no anulado y puede por consiguiente ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella ²². Pero esto no quita que la misma pueda también no ser aplicada cuando el juez la considere inválida. En tal caso debería decirse más bien que éste *debe* no aplicarla si no se tratase de un deber puramente potestativo, es decir, dependiente del juicio de invalidez formulado por él mismo. En todo caso, puesto que los jueces tienen el poder de interpretar las leyes y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contrastar con la Constitución, no se puede decir, en rigor, que tengan la obligación jurídica de aplicarlas ²³. Que una ley se haya aplicado siempre sólo quiere decir que es efectiva y no que también es válida, dado que la validez y la invalidez son calificaciones jurídicas del todo independientes del hecho de la aplicación. Ni siquiera es relevante que aquélla no haya sido nunca sospechosa de invalidez, ni que haya sido declarada válida en anteriores ocasiones: la invalidez, en efecto, no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento; y la validez no se da nunca por descontada de una vez por todas. Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad, normalmente distinta del juez llamado a aplicarla, como es por ejemplo, en nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que por razones obvias de certeza y de funcionalidad asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica del juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez.

El segundo dogma, conectado con el primero, hace referencia a la actitud del jurista y a la función de la ciencia jurídica en su relación con el derecho positivo. Una idea común a las doctrinas positivistas es el carácter avalorativo de la ciencia jurídica y que las leyes no pueden criticarse desde dentro—sino sólo desde fuera, en sede moral y política—de las leyes vigentes. Sobre esta base Kelsen configura la teoría del derecho como «pura», es decir, exenta de «juicios subjetivos de valor» ²⁴; y Bobbio critica como iusnaturalista toda subordinación de los juicios de validez a juicios de valor ²⁵. Es claro que estas tesis son sacrosantas si se reducen a las—enunciadas en el apartado 15—de la separación entre derecho y moral, entre juicios de validez y juicios de justicia: indudablemente al jurista no le está permitido, en sede científica, valorar las normas jurídicas desde fuera y condicionar el juicio sobre su validez a valoraciones ético-políticas o, en cualquier caso, extralegales. Sin embargo, en su formulación usual, son desorientadoras, según se verá mejor en el apartado 61.3. Al confundirse

con la tesis de la avaloratividad de la ciencia jurídica, impiden en efecto al jurista la valoración y la crítica del derecho vigente no sólo desde el punto de vista externo o político de la justicia, sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la validez. Precisamente cuando es tarea del jurista —no sólo cívica y política, sino, antes incluso, científica— valorar la validez o la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales establecidos por las normas jurídicas de rango superior.

4. *Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez.* La crítica de los dos dogmas resulta quizá más clara si se analiza la estructura de los juicios de validez. Al menos en los ordenamientos complejos propios de los estados de derecho, estos juicios difieren de los juicios sobre la vigencia de las normas al requerir, a diferencia de éstos, la determinación de ulteriores condiciones de diversa naturaleza. Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea, válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado* ²⁶. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior. Sin embargo, mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de *hecho* en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir, las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de *valores* —como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos— cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible.

De aquí se sigue que mientras la verdad (o la falsedad) de los juicios sobre la vigencia es predicable sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de hecho, no se puede decir otro tanto de los juicios sobre la validez: éstos, cuando consisten en la valoración de la conformidad o la disconformidad de las normas con los valores expresados por las normas superiores a ellas, son, como escribe Bobbio, no ya juicios de hecho ²⁷, sino a su vez juicios de valor, y como tales ni verdaderos ni falsos. Por ejemplo, no se requieren juicios de valor, sino sólo averiguaciones de hecho, para afirmar o negar la vigencia de una ley de la que se cuestione la aprobación por parte de una sola o de ambas Cámaras, o si se ha producido u omitido la promulgación o la publicación, u otras características formales similares. Mientras es

sin duda un juicio de valor —no verificable (o refutable) del mismo modo y con toda probabilidad opinable y controvertido— la tesis de que las normas sobre el desacato (*vilipendio*) contenidas en el código penal italiano son inválidas porque están en contradicción con el valor constitucional de la libertad de manifestación del pensamiento. Es obvio que los juicios de validez o de invalidez de las normas sobre la base de los valores contenidos en las normas superiores pueden ser más o menos opinables. Sería difícilmente opinable, en nuestro ordenamiento, la invalidez de una ley penal racista, claramente en contraste con el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos «sin distinciones de raza». Sin embargo, en la mayor parte de los casos, los juicios de valor necesarios para sostener la validez o la invalidez sustancial de las normas no son tan sencillos. Lo demuestran la permanente invalidabilidad de leyes antes declaradas válidas y, a la inversa, la resistencia opuesta a veces durante decenios, antes de su anulación, por leyes más tarde declaradas inválidas.

Estamos así frente a una aporía teórica que es el reflejo de la ya apuntada aporía jurídica de la ilegitimidad potencial de todo ejercicio de poder en el estado de derecho y que se manifiesta en la disociación estructural entre juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez de las normas, así como en la indecidibilidad de la verdad de estos últimos. En los estados absolutos, tanto autocráticos como democráticos, validez y vigencia son equivalentes, en el sentido de que es válido además de vigente *quod principi placuit*: en estos regímenes las únicas normas sobre producción de normas son las que disciplinan la vigencia, es decir, las que definen *quién* es el príncipe y *cómo* se manifiesta *quod principi placuit* (identidad del soberano legítimo, regla de la mayoría, forma de dictar los decretos o de las votaciones, modalidades de promulgación y similares); y en ellos los juicios de validez se resuelven en juicios de hecho sobre la presencia o no de requisitos formales que condicionan la vigencia. En el estado de derecho, por el contrario, como se ha visto, las Constituciones no se limitan a dictar las condiciones formales que permiten reconocer la vigencia de *quod principi placuit*, sino que establecen también *qué* no debe molestar (o debe aceptar) al príncipe, es decir, los derechos inviolables de los ciudadanos cuya garantía es condición de validez sustancial de las normas que aquél produce. «Nos no haremos nada», dice el art. 61 de la *Magna Charta*, «para que parte alguna de estas libertades sea revocada o disminuida. Pero si sucediera tal cosa, deberá ser considerada nula e ilegal».

Desgraciadamente, la cosa no es ni tan simple ni, mucho menos, automática. Para que una ley sea considerada «nula e ilegal» debe ser juzgada tal por un poder, posiblemente distinto del que la ha dictado. Y tal juicio es habitualmente un juicio de valor, como tal ni verdadero ni falso, dado que el principio de legitimidad constitucional de las leyes no puede satisfacer la regla semántica con la que hemos carac-

terizado, en el capítulo 1, el principio de estricta legalidad de las motivaciones judiciales y que requiere la verificabilidad jurídica y la avaloratividad de éstas. A diferencia de los estados absolutos, donde los requisitos de la validez se refieren sólo a las formas de los actos y pueden por ello ser afirmados o negados a través de juicios de hecho, los parámetros de validez incluidos en la Constitución de un estado de derecho consisten efectivamente en valores o en todo caso en términos carentes de denotación (igualdad, libertad, dignidad de la persona, taxatividad, materialidad y ofensividad de los delitos y otros semejantes), así como la (verdad jurídica de los juicios de) validez de las leyes no es nunca decidible con certeza. Se comprende que siempre que los jueces sean llamados a pronunciarse sobre la validez de las leyes, resultará excluida también en la aplicación judicial la sujeción acrítica y avalorativa a las leyes vigentes, así como su naturaleza de «dogmas» indiscutibles como objetos de explicación científica. Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar —y eventualmente censurar— las leyes ordinarias vigentes.

5. *Antinomias y lagunas irreducibles. La crítica del derecho inválido como tarea del juez y del jurista.* Para comprender mejor la aporía antes aludida —es decir, el carácter potestativo de la sujeción del juez a la ley y el valorativo de la ciencia jurídica— volveremos por un momento al derecho penal. Conforme a lo que se ha dicho, el principio de legalidad penal debe ser reformulado y precisado mediante la adición de una condición ulterior respecto a la expresada por el principio de mera legalidad *nullum crimen sine lege*, según el cual para que un hecho sea castigado como delito debe estar previsto como tal en una ley existente. Esta circunstancia, aunque necesaria, no es en realidad suficiente; y es por lo que entre los axiomas de SG no he establecido el principio inverso según el cual para que un hecho sea castigado como delito basta que se halle previsto como tal en una ley vigente. Para que la previsión de un hecho como delito por parte de una ley sea suficiente para que el juez lo considere como tal, en un estado de derecho es necesario que la ley sea, además de vigente, también válida, es decir, conforme a sus normas superiores tanto en el orden formal como sustancial. Sólo una ley (que el juez considere) válida comporta para él la obligación de aplicarla, es decir, de calificar y castigar como delito el hecho previsto por ella. De ahí se sigue que un hecho es y debe ser considerado delito si y sólo si es tal conforme a una ley vigente y válida, o sea, si concurren todas las garantías penales y procesales: que es la definición teórica y legal —es decir, descriptiva, y no sólo prescriptiva, en un estado de derecho— de la noción válida de «delito» formulada en el apartado 28.3.

Pero el juicio de validez sustancial de las leyes, se ha dicho, es un juicio de valor confiado a la valoración operativa del juez, además de a la doctrinal del jurista. De donde se sigue otra aporía todavía más grave, que afecta en particular al principio de estricta legalidad. Este principio ha sido antes definido como una regla semántica del lenguaje legal que requiere la verificabilidad de las tesis judiciales y excluye que el juez tenga, aparte de un poder de denotación y de connotación, también un poder de disposición. Pero allí donde ese poder del juez subsista ilegítimamente a causa de leyes penales que deroguen el principio constitucional de estricta legalidad o taxatividad, sólo podrá ser eliminado merced a la asignación al mismo juez de un poder de censura sobre las leyes que, a su vez, al expresarse en juicios de valor, es un poder de disposición: de este modo, cuanto menos se encuentre un juez vinculado por la ley a la simple denotación y connotación de los hechos en ella previstos como delitos, tanto menos estará vinculado por la Constitución a su aplicación, y tanto más autorizado a censurar su invalidez. Esta aporía afecta, en una perspectiva más general, a toda la estructura garantista del estado constitucional de derecho. En efecto, sabemos que la técnica garantista consiste en incluir valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos. Pero una vez incorporados a los niveles más altos, los valores convierten en valorativos los juicios de validez sobre las normas del nivel más bajo, confiados a los órganos judiciales de nivel a su vez más bajo en relación con las normas que están llamados a aplicar. Si en los niveles más altos no fueran incorporados valores, sino sólo el principio formal que es válido además de vigente *quod principi placuit*, el juicio de validez se reduciría a una aserción empírica, verificable y cierta, sobre la fuente y los procedimientos previstos para la vigencia de la ley; y las valoraciones, en tal caso, tendrían entrada libre tanto en el lenguaje de las leyes, no vinculadas a la estricta legalidad, como en el de los jueces, no vinculados a la estricta jurisdiccionalidad y válidamente investidos de poder de disposición en la calificación legal de los hechos pero no en la censura de las leyes. Pero ya que el estado de derecho vincula al legislador penal a la taxatividad de las previsiones legales, excluyendo los juicios de valor en los niveles más bajos para incorporarlos sólo a los niveles más altos, debe admitir paradójicamente un poder de disposición del juez, si no en la calificación de los hechos como delitos, sí en la calificación como inválidas de las leyes que permiten la calificación dispositiva de los hechos como delitos. En suma, el poder de disposición a través de valoraciones libres, que en el estado absoluto está excluido hacia arriba (las leyes) y admitido hacia abajo (los hechos), en el estado de derecho se encuentra en principio excluido hacia abajo, pero debe ser admitido hacia arriba, en tanto cuanto tal exclusión deviene inefectiva por la semántica del lenguaje legal. En todo caso, con los valores no caben

exorcismos: si se expulsan por la puerta, entran de nuevo por la ventana. Y en el fondo está bien que así sea.

Estas aporías del garantismo en realidad no tienen nada de sorprendente. Dependen de los vicios de hecho del sistema jurídico, que no es un mundo natural, sino un mundo artificial construido por los hombres. Precisamente, dependen de la distancia entre las promesas normativas y las prácticas efectivas del ordenamiento y, además, de la complejidad de las técnicas garantistas elaboradas para acortar tales distancias. En efecto, tal y como han sido históricamente contruidos, en los estados de derecho existe una pesada viscosidad del poder ilegítimo y de los vicios que marcan su ejercicio: *antinomias* (o violaciones consistentes en acciones) que permanecen mientras no son resueltas mediante la anulación de las *normas indebidamente vigentes*; y *lagunas* (o violaciones consistentes en omisiones), que permanecen hasta que son colmadas por la emisión de las *normas indebidamente no vigentes*. Y esta viscosidad se agrava por el hecho de que, en la mayor parte de los ordenamientos, tanto las antinomias como las lagunas sólo pueden ser eliminadas a instancia de órganos públicos —judiciales o legislativos—, y no también directamente por los ciudadanos titulares de los «derechos de» y de los «derechos a» respectivamente violados por aquéllas²⁸. Estos vicios y las consiguientes aporías, sin embargo, pueden ser, si no del todo eliminados, cuando menos reducidos con la activación y la ampliación de los mecanismos de auto-corrección del ordenamiento dirigidos a asegurar la efectividad de los principios garantistas. Pero esto requiere la crítica sin prejuicios de las leyes, no sólo desde fuera sino, antes todavía, desde dentro. El precepto «obedecer puntualmente, censurar libremente» con el que Bentham definió la actitud positivista frente a la ley omite la complejidad estructural del estado de derecho y la potencial ilegitimidad de las leyes generadas en él por los desniveles normativos²⁹; y por consiguiente no vale ni para los jueces ni para los juristas, los cuales no deben obedecer o recomendar indiscriminadamente la obediencia a las leyes, sino valorar en cada caso su posible invalidez, censurándola en el plano jurídico antes que en el político. En efecto, la *crítica del derecho*, conforme a sus propias fuentes de legitimación y de deslegitimación jurídica, es la principal tarea cívica de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica. Y es de ella de donde proviene la permanente posibilidad de auto-reforma del ordenamiento a partir de sus propios principios, y en la que reside la superioridad política del estado de derecho frente a cualquier otro régimen jurídico.

Hay otros dos postulados del positivismo dogmático que resultan desmentidos desde esta base: son el de la *coherencia* y el de la *plenitud* del ordenamiento jurídico³⁰. Coherencia y plenitud se configuran en efecto, en el estado de derecho, no como propiedades del derecho *vigente* sino como ideales-límite de derecho *válido* que no reflejan el «ser» efectivo sino sólo el «deber ser» de las normas con respecto a

sus normas superiores. A causa de los desniveles entre normas y de que cada nivel se configura como fáctico respecto del superior y como *normativo* respecto del inferior, no son la coherencia y la plenitud las características estructurales del derecho vigente, sino la *incoherencia* y la *falta de plenitud*, debidas a las inevitables violaciones de hecho de las prohibiciones y de las obligaciones normativamente impuestas al legislador. La tarea del jurista, en una perspectiva positivista de tipo crítico, no es, pues, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas con una coherencia y una plenitud que efectivamente no tienen³¹, sino, por el contrario, explicitar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las inferiores y correlativamente de ineffectividad sobre las superiores. Es así como la crítica del derecho positivo desde el punto de vista del derecho positivo tiene una función descriptiva de sus antinomias y de sus lagunas y al mismo tiempo prescriptiva de su auto-reforma, mediante la invalidación de las primeras y la integración de las segundas.

Mientras tanto, al no ser nunca eliminables del todo tales vicios, las aporías del garantismo dan lugar a complejos problemas teóricos y prácticos. Señalaré aquí, por su importancia, uno solo de éstos, que se presenta como un dilema que divide a la jurisprudencia y a la ciencia jurídica progresistas. En un ordenamiento de constitución rígida como es el nuestro, frente a una ley de dudosa validez, tanto el juez como el jurista tienen ante sí dos caminos igualmente legítimos: pueden hacerla cuadrar con la Constitución, aportando interpretaciones que reduzcan su alcance normativo pero legitimando así su conservación; o pueden enfatizar el contraste con la Constitución, acentuando los aspectos de invalidez de aquélla pero avalando de este modo, en tanto la norma no sea anulada, interpretaciones anticonstitucionales. Tómese por ejemplo la duda de validez constitucional que puede suscitar el art. 290 del código Rocco sobre el desacato al gobierno y el consiguiente problema de la aplicación de esta norma al caso de quien dice públicamente «gobierno ladrón». Siguiendo el primer camino se dirá que la norma es válida en base a una interpretación restrictiva de la misma que excluye su aplicación a la frase «gobierno ladrón», que se entiende permitida por el principio constitucional de libertad de expresión. Siguiendo la segunda, se dirá por el contrario que la misma norma es inválida conforme a una interpretación extensiva que incluye su aplicación a la misma frase, igualmente considerada permitida por el principio constitucional de libertad de expresión. Es difícil decir cuál de las dos estrategias de solución de la antinomia es preferible en la práctica: si la que impide en el caso concreto una decisión claramente en contraste con la Constitución, a costa de dejar que en casos futuros puedan adoptarse posibles decisiones análogas; o bien la que insta la supresión de la norma para casos futuros, a costa de avalar mientras tanto interpretaciones aberrantes en los casos concretos. Puede decirse no obstante

que al menos en sede científica las dos vías no se excluyen entre sí: cabe efectivamente sostener tanto que la norma sobre el desacato debe ser interpretada, mientras tenga vigencia, de la manera más restrictiva, como que la misma debe ser invalidada porque en todos los casos, y por tanto en el del ejemplo, es contraria a la Constitución. Lo único que no se puede hacer, so pena de incoherencia e inconsistencia científica del discurso sobre el derecho, es ocultar las antinomias y las lagunas o incluso sostener, en virtud de una actitud dogmáticamente avalorativa y contemplativa de las leyes (sólo porque están vigentes), la validez simultánea tanto de las normas que permiten como de las que prohíben un mismo comportamiento³².

59. C) *Una filosofía de la política. El estado-instrumento*

1. *Estado-instrumento o estado-fin: utilitarismo o eticismo político.* Si en la primera de nuestras tres acepciones la palabra «garantismo» designa un modelo de ordenamiento dotado de medios de invalidación de todo ejercicio del poder en contraste con normas superiores dictadas para la tutela de derechos fundamentales y en la segunda designa una teoría jurídica que permite la crítica y la deslegitimación interna de las normas vigentes inválidas, en la tercera acepción designa una doctrina filosófico-política que permite la crítica y la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas, conforme a la rígida separación entre derecho y moral, o entre validez y justicia, o entre punto de vista jurídico o interno y punto de vista ético-político o externo al ordenamiento.

Bajo este tercer aspecto, el modo en que reiteradamente se ha planteado y resuelto el problema penal es indudablemente una clave de lectura entre las más reveladoras de toda la historia del pensamiento jurídico y político. Hemos visto —a propósito de las doctrinas sobre el fin de la pena, de las teorías del delito y de las concepciones del proceso que responden a las demandas *por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar*— cómo históricamente el pensamiento penalista se ha dividido siempre conforme a una opción de fondo entre dos orientaciones opuestas: la idea de la auto-justificación del derecho penal como valor en sí o como inmediata actuación de valores ontológicos y metajurídicos y la de su hétéro-justificación como instrumento oneroso de tutela de concretos y vitales intereses de los ciudadanos. Hemos demostrado además cómo estas dos orientaciones —caracterizadas respectivamente por la confusión y la separación entre legitimación interna o jurídica y legitimación externa o moral— están en la base, una, de las culturas y de los modelos penales autoritarios, la otra, de las culturas y de los modelos penales garantistas. Esta alternativa, al ser el derecho penal el lugar donde el conflicto entre estado y ciudadano o entre autoridad y libertad es más ele-

mental y directo, puede ser ahora considerada como el reflejo de una alternativa más general: la que existe entre las doctrinas políticas que fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el estado como *bienes* o valores intrínsecos, y las doctrinas políticas que por el contrario los fundan sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como *males* necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos.

Parafraseando la expresión «autopoyesis» utilizada por Niklas Luhmann para designar el carácter autorreferencial que él asocia a los sistemas políticos³³, podemos llamar *auto-poyéticas* a las doctrinas políticas del primer tipo, y *hétero-poyéticas* a las del segundo. Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un *fin* y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas hétero-poyéticas, por el contrario, el estado es un *medio* legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola. Por tanto, mientras el punto de vista de las doctrinas del primer tipo es únicamente el *interno* del estado, que en cuanto fin o valor subordina a sí mismo tanto a la sociedad como a los individuos, el punto de vista de las doctrinas del segundo tipo es sobre todo el *externo* de la sociedad y de las personas que la componen, consideradas ellas mismas como fines y valores con respecto a los cuales es el estado el que es un medio instituido para su tutela.

Sobre la base de esta sumaria distinción, podemos decir que son *auto-poyéticas* todas las doctrinas de legitimación *desde arriba*, comenzando por las premodernas que fundamentan la soberanía del estado en entidades metafísicas o metahistóricas como Dios, la religión, la naturaleza y similares. La moderna secularización de los sistemas políticos y jurídicos, al menos en los países evolucionados, ha dado al traste con semejantes fuentes de legitimación teológica o naturalista. Rotos los lazos de unión con mundos trascendentes, en la Edad Moderna se han desarrollado, sin embargo, doctrinas tanto idealistas como realistas del estado que fundamentan igualmente desde arriba su legitimación política. Las más nefastas, por la enorme influencia que han ejercido en la historia de la cultura política, han sido sin duda las doctrinas idealistas, en las múltiples versiones del positivismo ético —liberal-nacionalistas, fascistas y estalinistas— que de diversas maneras traen causa de la doctrina hegeliana del «estado ético»³⁴. Estas ideologías asumen el principio de legalidad no sólo como principio jurídico interno sino también como principio axiológico externo, plasmando la legitimidad política sobre la legalidad jurídica y confiriendo a las leyes valor, y no sólo validez o vigencia, únicamente en base al valor asociado apriorísticamente a su *forma* o peor aun a su *fuentes* (soberano o asamblea, *duce*, partido, pueblo o simi-

lares). Además, suelen ir acompañadas o se confunden con concepciones organicistas del estado, idealizado como personificación de toda la sociedad y como síntesis de razón, de valores y de intereses sociales generales³⁵. La confusión entre derecho y moral, entre ser y deber ser, o entre punto de vista interno y punto de vista externo, se asocia de tal modo a la confusión entre estado y sociedad o, peor, entre estado y ciudadanos particulares: «por ser el estado», escribe Hegel, «espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética, si forma parte de él»³⁶. Lo que constituye políticamente una conclusión no muy distinta de aquella a la que llegan, desde diferentes premisas, muchas doctrinas realistas, desde las teorías de la razón de estado evocadas en el apartado 52 hasta la reciente teoría sistémica de Niklas Luhmann, quien, partiendo de una representación del estado como «sistema» y de la sociedad como «ambiente», postula la primacía del primero sobre la segunda sometiendo el conjunto a una especie de ley biológica: la necesidad que tiene el sistema de dominar su ambiente modificándolo, simplificándolo y en todos los casos plégándolo a sus propias instancias funcionales, para sobrevivir y desarrollarse³⁷. En todos los casos, la pérdida de un punto de vista ético-político externo, independiente del jurídico o interno, se resuelve en la negación de la legitimidad o, cuando menos, de la relevancia de todo punto de vista autónomo del individuo y de los sujetos sociales y, consiguientemente, en una doctrina de la ausencia de límites al poder del estado.

Pueden, por el contrario, considerarse *hétero-poyéticas* todas las doctrinas según las cuales la legitimación política del derecho y del estado proviene de fuera o *desde abajo*, es decir, de la sociedad, entendida como suma heterogénea de personas, de fuerzas y de clases sociales. Se cuentan entre éstas las diversas filosofías políticas utilitaristas, comenzando por las elaboradas por el iusnaturalismo laico y racionalista de la época de la Ilustración. En estas doctrinas no sólo el derecho penal sino el derecho en general fue concebido como un «artificio» creado por el hombre y para el hombre como su instrumento. Lo *natural* de por sí no es en efecto el estado o el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo *artificial* no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los deberes y los poderes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y/o limitarlos. Derechos *innatos* o *naturales*, más allá de las metafísicas iusnaturalistas en cuyo marco fueron concebidos, significan precisamente derechos «pre-estatales» o «pre-políticos», en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el estado, sino que son «fundamentales» o «fundantes» de su razón de ser, como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional. El vicio ideológico, y no sólo metafísico, del iusnaturalismo estuvo en la idea de un derecho natural como entidad ontológica en lugar de puramente axiológica. Es obvio que el «derecho» y los «de-

rechos naturales» no existen: no son realidades objetivas, sino principios axiológicos o normativos de tipo extrajurídico³⁸. Pero esto no quita nada del valor que se decida asociar a los mismos en cuanto fundamentos externos —«naturales» en el sentido de «pre-políticos» o «sociales»— del derecho positivo y del estado, y ni siquiera a la primacía y a la autonomía moral y política atribuida a los fines para los que estos son creados. La idea iusnaturalista del contrato social es, desde este punto de vista, una gran metáfora de la democracia. El estado, según el paradigma de justificación externa que la misma sugiere, no es ni un fin ni un valor: es antes bien un producto fabricado por los hombres, «pues es mediante el arte» —son palabras de Hobbes— «como se crea ese gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido»³⁹; de modo que vale en tanto en cuanto sirva a los «hombres naturales» que con su acuerdo lo produjeron y no vale nada y deberá incluso ser transformado, remodelado y si fuera necesario demolido en el caso de alzarse contra ellos. Todavía más: aquél es de por sí un desvalor, es decir, un mal menor sometido como tal a la carga de la justificación externa y *a posteriori*. Lo que quiere decir que sus poderes no se conciben como «justos» sólo según quien los detente, sino sobre todo según el *por qué*, el *cuándo* y el *cómo* sean o no a su vez ejercidos. No es, en suma, la fuente o la forma de las normas, sino sus contenidos concretos los que justifican o no justifican políticamente su producción.

2. *El garantismo como doctrina de la fundamentación externa del estado en los derechos vitales de los ciudadanos.* Si se comparte esta reinterpretación del contractualismo clásico como esquema de justificación del estado en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales, es lícito reconocerlo como la primera aunque embrional doctrina de la democracia: no sólo de la *democracia política* o *formal*, a la que permite fundar sobre el *consenso* de los contratantes⁴⁰, sino también —y diría que sobre todo— de la *democracia sustancial*, a la que hace posible fundar sobre la *garantía* de sus derechos. Los derechos fundamentales, como se ha dicho en el apartado 57 y mostraré mejor en el apartado 60, corresponden efectivamente a aquellas facultades o expectativas de *todos* que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: piénsese en el derecho a la vida, en los derechos de libertad, en los derechos sociales a la subsistencia, a la salud, a la instrucción, a la conservación del ambiente y otros similares. Al mismo tiempo, éstos han servido para recibir, primero en la forma de «derechos naturales» y después en la de los modernos «derechos civiles», derivada de aquélla, las *necesidades* o *intereses ma-*

teriales primarios de las personas, cuya garantía equivale a la tutela por igual de sus diversas identidades y, al mismo tiempo, a la realización siquiera tendencial de su igualdad sustancial.

Una tesis como ésta puede resultar paradójica. Por lo general, dentro de la tradición contractualista, el punto de referencia canónico del pensamiento democrático está en Rousseau y su doctrina de la omnipotencia de la voluntad general, mientras el modelo lockeano (por no decir hobbesiano) se considera estrictamente burgués y liberal. A mí me parece que, al menos por lo que concierne al paradigma filosófico-político de la justificación del estado, este esquema interpretativo puede invertirse. La doctrina de la voluntad general, tanto directa como representativa, es una doctrina de la democracia *política* que resuelve solamente el problema de la legitimación formal de *quién decide*, es decir, de la investidura democrática de los sujetos titulares de los poderes de gobierno; y que, por lo demás, corre siempre el riesgo de resolverlo —cuando tal legitimación se asume, del mismo modo que en Rousseau, como un valor absoluto y exclusivo— con el sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos ⁴¹. Por el contrario, el problema de la legitimación sustancial del *qué es obligado decidir o no decidir* constituye precisamente el objeto de las doctrinas liberal-contractualistas sobre la razón y sobre los límites del estado, a las que se debe, de una parte, la elaboración de una noción de «derecho fundamental» que aunque circunscrita por ella tan sólo a los derechos burgueses de libertad y propiedad, resulta sin embargo apta para ser utilizada para todos los derechos que se estiman vitales, tanto liberales como sociales, y, por tanto, para servir de base a una doctrina general sobre la democracia *sustancial*; por otro lado, y correlativamente, la configuración del derecho y del estado no ya según la tradición aristotélica y medieval, como entidades naturales, sino como «artificios», «criaturas», «invenciones» o «convenciones» ⁴², justificados únicamente por su función de *instrumentos* para finalidades externas identificadas con la satisfacción de los derechos naturales o fundamentales de los ciudadanos.

El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados de esta tesis que se han desarrollado en el apartado 15. Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.

Ambos elementos son exactamente lo contrario de aquellos con los que se puede caracterizar a las ideologías auto-poyéticas y sus vo-

caciones totalitarias. El presupuesto de todo totalitarismo, en efecto, es siempre una visión finalista y optimista del poder como bueno o, en todo caso, dotado de valor ético gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee. Por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo⁴³. Añado que ambas concepciones del poder acompañan generalmente a dos representaciones opuestas y simétricas de la sociedad: la idea del «poder bueno» tiende a asociarse a la de la «sociedad mala», mientras la idea del «poder malo» tiende a asociarse a la de la «sociedad buena»⁴⁴. El optimismo y el pesimismo politológicos parecen en suma respectivamente solidarios con el pesimismo y el optimismo sociológicos. Y dan lugar a dos configuraciones opuestas de la relación entre potestades públicas y derechos civiles.

En el primer caso, los derechos de los ciudadanos resultan instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos y, a tal fin, limitados y disciplinados en virtud de cláusulas normalmente indeterminadas que los vacían de contenido: «los derechos civiles», establecía el art. 1 del código civil ruso de 1923, «están protegidos por la ley mientras su ejercicio no entre en contradicción con los fines sociales y económicos para los que han sido establecidos»; «pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, la de reunión, la de asociación, el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones, así como el derecho de propiedad y el de asilo», afirma el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn, «quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos»; y el art. 61 de la Constitución cubana establece: «ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra... la existencia y fines del estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible»⁴⁵.

En el segundo caso, son por el contrario los poderes, públicos y privados, los que están instrumentalizados para la tutela de los derechos civiles fundamentales y a tal fin limitados y disciplinados: «el gobierno», proclamó el art. 3 de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, «es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad: que de todas las formas y modos de gobierno es el mejor, el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad»; «la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», afirmó el art. 2 de la Declaración francesa de 1789; y el art. 12 añadió: «la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad

particular de aquellos que la tienen a su cargo»⁴⁶. Todo el pensamiento contractualista e ilustrado parece, por lo demás, de acuerdo al considerar la «felicidad», las «necesidades», el «bienestar social», es decir, la satisfacción de los derechos fundamentales como fines y justificaciones hétero-poyéticas tanto del derecho como del estado⁴⁷.

Llegados a este punto, podemos caracterizar políticamente el estado de derecho como el modelo de ordenamiento justificado o fundamentado por fines completamente externos, declarados por lo general normativamente en sus constituciones, normas o cartas fundamentales, pero siempre de manera incompleta. Estos fines justificantes o fundamentales no sólo no se ven satisfechos —a causa de la divergencia inevitable entre validez, vigencia y efectividad de que ya se ha hablado en el apartado precedente— por su simple enunciación legal, sino que tampoco son enteramente reducibles —debido a la divergencia que asimismo subsiste entre valores ético-políticos y validez— a los enunciados por las normas positivas, tanto ordinarias como constitucionales. El rechazo de todo positivismo ético y, por tanto, no sólo del legalismo sino también del constitucionalismo ético, excluye en efecto como ideológico el aplastamiento del deber ser político por el ser jurídico, aunque sea normativo y constitucional, tanto como el del deber ser jurídico por el ser efectivo del derecho. El deber ser político, o, más sencillamente, *la política* como dimensión axiológica del obrar social, permanece de forma irreductible como punto de vista externo, o desde abajo, que legitima la crítica y el cambio no sólo del funcionamiento de hecho sino también de los modelos de derecho de las instituciones vigentes.

3. *Una aporía política: la irreducible ilegitimidad política del poder en el estado de derecho. Las ideologías de legitimación.* La consecuencia más importante de este esquema de justificación externa es que, al no estar nunca plenamente realizados los fines y los valores justificantes, la legitimación política del poder en el estado de derecho, más todavía que su legitimación jurídica, es siempre, por su misma naturaleza, sólo tendencial e irremediabilmente imperfecta.

He hablado ya en los apartados 12.2, 26.5 y 37.5 de la irreducible ilegitimidad política del poder judicial, que incluso en los sistemas normativamente más perfeccionados es siempre en alguna medida poder discrecional de disposición y no sólo, como querría su modelo de justificación, poder legal de denotación y poder equitativo de comprensión. Lo mismo se puede decir ahora de los otros dos poderes del estado democrático de derecho, cuya legitimación depende de su capacidad de expresar y satisfacer las voluntades y los intereses representados: del poder legislativo, cuya representatividad es siempre aproximativa e imperfecta por la ausencia de mandatos imperativos y por las mediaciones burocráticas interpuestas por los partidos que la expresan; y del poder ejecutivo, cuya representatividad es aun

más tenue y mediata por los amplios márgenes de autonomía de que goza y por la ineffectividad de los controles parlamentarios. Nuestro esquema de justificación implica además que la legitimación política en el estado de derecho no sólo no es nunca perfecta, sino ni siquiera apriorística, ni global, ni permanente: en términos semejantes a lo que se ha visto para el derecho penal, no puede ser más que *a posteriori*, parcial, contingente y relativa a las funciones de utilidad efectivamente aseguradas por el estado o, mejor, de esta o aquella de sus instituciones o, todavía mejor, de este o aquel de sus actos singulares.

Esta irreducible ilegitimidad política de todos los poderes en el estado de derecho es una aporía política del garantismo, que se suma a la ya ilustrada en los dos apartados anteriores de su irreducible ilegitimidad jurídica. Como ésta, aquélla depende de la divergencia estructural entre deber ser y ser que siempre caracteriza a los modelos normativos de legitimación impuestos —tanto desde fuera como desde dentro— al ejercicio del poder. Diré incluso que una irreducible ilegitimidad política es el carácter común y fisiológico de todos los ordenamientos basados en modelos de legitimación hétero-poyética, ascendente o desde abajo. Garantismo y democracia son siempre, en efecto, modelos normativos imperfectamente realizados y valen por tanto, además de como parámetros de legitimación, también como parámetros de deslegitimación política. Paradójicamente, en los regímenes absolutos premodernos, en los que la legitimación descendía desde lo alto (Dios, nacimiento, investidura soberana y otros similares) y se limitaba a la fuente del poder (*quod principi placuit*), la legitimidad —no sólo jurídica sino también política— era absoluta y perfecta, en cuanto apriorística e incondicionada. Por el contrario, en los modernos estados de derecho, donde proviene de abajo y de fuera, la legitimidad política es siempre relativa, condicionada y mensurable en *grados*: tanto porque depende del grado de efectiva realización de las funciones externas que justifican los poderes (grado de representatividad, grado de satisfacción de los derechos garantizados y de los intereses representados), como por la imperfección estructural de los instrumentos institucionales dispuestos para ese fin (representación indirecta, principio de mayoría, garantías jurisdiccionales y otras técnicas jurídicas de tutela). Por eso se debería hablar siempre, a propósito de los sistemas políticos que se remiten a fuentes de legitimación desde abajo, de «democracia imperfecta», de «liberalismo imperfecto», de «socialismo imperfecto», más que, parece obvio, de «garantismo imperfecto».

Ha sucedido, por el contrario —en las culturas penalistas y, más en general, en la cultura jurídica y política de este último siglo—, que las teorías liberal-democráticas, como por lo demás las socialistas, se han concebido a menudo a sí mismas no como parámetros, sino como fuentes de legitimación absoluta de los sistemas políticos edifi-

cados en su nombre. «Democracia», «liberalismo» y «socialismo» se han transmutado consecuentemente en *ideologías* de legitimación—en el sentido normativista que aquí se ha dado a esta expresión—en las que se cambian las funciones ideales del estado por las reales, la fuente normativa de justificación por la justificación misma, el deber ser político por el ser jurídico o, peor todavía, por el ser de hecho de los poderes institucionales. Y cada vez que estado y derecho resultan así idealizados o valorizados éticamente, tienden a perder su carácter instrumental para transformarse ellos mismos en fines, valores, o «sustancias éticas»⁴⁸ auto-justificadas.

Esta valoración ética del derecho y del estado se encuentra en el origen de todas las modernas perversiones autoritarias: del fascismo y del estalinismo, pero también de las tentaciones totalitarias que de forma recurrente emergen, en los momentos de crisis, en las democracias liberales. No pertenece a la tradición iusnaturalista, ni siquiera en su versión autoritaria y absolutista, sino que es una connotación específica del totalitarismo moderno. Hobbes, por ejemplo, no habría dicho nunca, como dirá Hegel, que «el sacrificio por la individualidad del estado es la condición sustancial de todos y, por lo tanto, un deber general»⁴⁹, o que «el estado no es en absoluto un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo incondicionado la *protección* y la *seguridad* de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. El mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio»⁵⁰. Y mucho menos habría suscrito la apología hegeliana del «valor militar» como «la suprema abstracción que hace la libertad» y «la suprema autonomía del *ser por sí*»⁵¹, y no digamos la exaltación de la «guerra» como el «medio» por el que «la salud ética de los pueblos es mantenida»⁵². Al contrario, aquél teorizó como fundamentales el derecho del súbdito a la autoconservación⁵³, la consiguiente facultad de desobedecer al soberano cuando éste le ordene perjudicarse a sí mismo⁵⁴ e incluso la legitimidad del miedo y de la cobardía y el derecho a huir del peligro a que el soberano le expone con la guerra⁵⁵ o con la pena⁵⁶. «Dios», dice Hobbes, «hizo a los reyes para el pueblo y no al pueblo para los reyes»⁵⁷. La relación entre estado y ciudadano, que para Hobbes, teórico del absolutismo, era de medio a fin, se invierte en Hegel y en el totalitarismo moderno en relación de fin a medio. Y el estado-fin resulta tanto más absoluto e incondicionado en cuanto que, con respecto a las viejas concepciones teológicas, se ha autonomizado no sólo de sus bases terrenas y humanas, sino también de vínculos religiosos y metafísicos.

Como se ha visto en el curso de este libro, el tránsito del utilitarismo del estado-instrumento al eticismo del estado-fin ha supuesto una fractura en la historia del pensamiento penalista moderno, que se expresa en la pérdida progresiva del punto de vista externo en relación con todos los temas de mayor importancia en el derecho penal: la le-

sividad de los delitos y el concepto de bien jurídico, la exterioridad o materialidad de la acción, la imputabilidad y la culpabilidad, la función de la pena y los modelos de proceso. Pero hay otra cuestión en la que esta transformación se ha manifestado de manera aun más significativa: la relación entre condenado y pena, que es un reflejo de la cuestión más general de la obediencia política. El pensamiento penalista ha pasado en este problema de un extremo a otro, cuyos términos tuvieron expresión ejemplar en Hobbes y en Hegel. Hobbes y junto a él Thomasius consideran que si el soberano tiene el derecho de castigar, el condenado tiene el derecho de sustraerse a la pena y «defenderse a sí mismo», evadiéndose u oponiendo resistencia⁵⁸: la autonomía del punto de vista individual externo queda en este caso salvaguardada con el mayor rigor, incluso frente al esquema contractualista que quisiera que a un poder corresponda un deber y a un derecho una obligación: potestad punitiva del soberano y derecho de autodefensa del condenado son efectivamente situaciones asimétricas, inconexas y en conflicto. Hay una doctrina intermedia, la contractualista clásica de Grocio, Rousseau, Vico, Genovesi, Beccaria, Feuerbach, Fichte y Filangieri, según la cual el condenado tiene la obligación contractual de someterse a la pena, concebida siempre como un «mal» impuesto coercitivamente, puesto que «qui delinquit, sua voluntate se obligasse videtur poenae»⁵⁹. Se debe, en fin, al pensamiento de Hegel la tesis estatalista más extrema, según la cual la pena no es ni siquiera un mal sino un bien para el que la sufre, de manera que el condenado no sólo tiene el deber sino incluso el «derecho» de someterse a ella y así autogratificarse éticamente: «la lesión que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí*», declara Hegel, «es al mismo tiempo su voluntad existente *en sí*, una existencia de su libertad, *su* derecho»⁶⁰; con ella «el delincuente es honrado como ser racional»⁶¹. Aquí no sólo no hay conflicto, sino tampoco mediación: el bien del individuo se identifica inmediatamente con el del estado, su punto de vista externo, con el jurídico interno, su derecho individual, con la potestad estatal de castigarle.

He querido recordar estas concepciones opuestas de la relación punitiva entre estado y ciudadano porque son las que caracterizan con la mayor nitidez la alternativa entre doctrinas hétero-poyéticas y doctrinas auto-poyéticas no sólo con respecto al problema filosófico de los juicios de legitimidad política sobre el derecho, sino también al de las actitudes prácticas frente al mismo. La cuestión de la sujeción a la pena es en realidad un aspecto, quizá el más dramático, del problema más general de la *obligación política*: si la obligación de los ciudadanos de cumplir las leyes y someterse al derecho y al estado en cuanto tales tiene carácter moral o solamente jurídico; es decir, si es ilícita sólo jurídicamente, o también moralmente, la desobediencia a las leyes con independencia de su contenido. Parecería evidente, después de lo que se ha dicho, que la tesis del carácter *también moral* del

deber de obediencia es concorde con tesis auto-poyéticas que asignan un valor moral intrínseco al derecho confundiendo con él la moral, mientras que la tesis de su carácter *sólo jurídico* va unido a tesis hetero-poyéticas que desconocen al derecho ese valor separando de él la moral. El problema es no obstante más complejo. Toca uno de los nudos cruciales de la filosofía política y convendrá volver sobre él en el apartado 61 del próximo capítulo.

4. *Liberalismos reales y socialismos reales.* Ya he tenido ocasión de señalar, desde el apartado 16, que la conversión de la cultura penalista del punto de vista externo al punto de vista interno, detectada en orden a casi todos los problemas teóricos del derecho penal, es sólo el reflejo de un cambio más general de la cultura liberal, producido en el siglo pasado de forma paralela al nacimiento y consolidación del estado moderno.

En la historia del pensamiento jurídico liberal, dijimos, podemos distinguir dos fases: la fase ilustrada y revolucionaria, en la que el liberalismo reivindicó, frente al *ancien régime*, los fundamentos axiológicos externos del estado y, conforme a ellos, la carga de su justificación; y la conservadora y estatalista, que siguió a la crisis del viejo estado absoluto y al reforzamiento del poder burgués, en la que la cultura liberal abandonó muy a menudo el punto de vista externo aliándose en la defensa del nuevo orden frente a la emergencia de nuevas fuerzas revolucionarias. El cambio, como se ha visto a propósito del derecho penal, tuvo expresión en una doble caída, teórica y política. En el plano teórico, el liberalismo reformador fue suplantado por doctrinas abiertamente estatalistas, que disolvieron la originaria tensión axiológica de aquél haciéndola pasar de cultura de oposición, orientada a la defensa de los derechos de los ciudadanos y a la consiguiente delimitación y funcionalización de los poderes estatales, a doctrina de legitimación y de apología de lo existente preordenada a la defensa y a la seguridad del estado como bien supremo. En el plano práctico e institucional, el *liberalismo realizado* se ha manifestado en sistemas penales y procesales ampliamente lesivos para los modelos teóricos garantistas y en compactas legislaciones policíacas en materia de orden público y contra las «clases peligrosas». El advenimiento de los fascismos representó, en los países de más frágiles tradiciones liberal-democráticas, el punto más bajo de la caída. Pero también en las democracias renacidas la cultura jurídica ha mantenido a menudo un actitud de acrítica veneración en relación con el derecho vigente (y, en Italia, largamente inalterado), expresada en una suerte de legitimismo democrático informado por la idea de que todo lo que acontece bajo el cielo de la democracia y de la Constitución es democrático y legítimo.

Es significativo que le haya ocurrido algo parecido —y peor— a la otra gran cultura política de nuestro tiempo, que partió también de un

punto de vista radicalmente externo y desde abajo respecto a los sistemas existentes: la cultura marxista, libertaria y revolucionaria antes de la toma del poder y transformada después en pura ideología de legitimación de los nuevos estados y poderes «socialistas». Aquí la quiebra ha sido total: aunque sólo sea porque la cultura socialista no había desarrollado, ni siquiera en el plano teórico y normativo, ningún proyecto jurídico e institucional. El rechazo en bloque de todos los principios teóricos y de todas las conquistas políticas y jurídicas de la tradición liberal y la vaga utopía de un estado bueno destinado a autodisolverse hicieron posible por el contrario eludir *ab origine* el problema de los límites de los poderes estatales. Y esto permitió a los *socialismos realizados* las perversiones totalitarias que todos conocemos sin siquiera la carga de tener que desmentir una inexistente teoría del derecho. En el derecho penal, por ejemplo, la idea del «intercambio de equivalentes», tomada en préstamo del derecho civil con poco más que un juego de palabras —el intercambio entre delito y pena, o sea, la pena como precio del delito—, sirvió para descalificar todo el sistema de las garantías jurídicas. Y en todo el derecho público la ilusión de un poder bueno legitimado por su fuente ha producido, en vez de la fabulada extinción del estado, la extinción de cualquier función garantista del derecho.

De todas las divergencias entre deber ser y ser o entre normatividad y efectividad que hemos examinado, sin duda la más llamativa es, en suma, la que existe entre doctrinas de fundamentación externa e ideologías de legitimación que remiten a ellas: hasta el punto de que hay que hablar de una verdadera cesura entre unas y otras. Añadiré que la relativa similitud entre los itinerarios de las dos grandes culturas políticas de la edad moderna está paradójicamente en el origen de las incomprensiones que siempre las han separado. Cada una de ellas ha dirigido justamente sus críticas a las realizaciones históricas de la otra, sucediéndose sin embargo indebidamente de ellas la descalificación también de sus ascendencias teóricas y axiológicas. Así, ha ocurrido que la cultura marxista ha confundido durante mucho tiempo el liberalismo ilustrado y reformador con el conservador, atacando al primero casi más que al segundo como falsa conciencia y juego con trampas. Es como atacar a Marx sobre la base de Visinskij: que es lo que realmente ha sucedido en la parte opuesta, mediante la descalificación del marxismo teórico a la luz de los socialismos reales. Naturalmente, no se ha tratado sólo de errores metodológicos, sino también de operaciones propagandísticas dirigidas a tapar los defectos prácticos de cada sistema con los del otro.

La rehabilitación del *punto de vista externo* del que partieron las dos culturas de la transformación en que se ha dividido la filosofía política moderna representa, por lo demás, el presupuesto de cualquier doctrina democrática del derecho y del estado. En el plano metodológico, aquélla comporta sobre todo el reconocimiento del carácter

normativo y no descriptivo de cualquier doctrina política o jurídica de fundamentación o justificación externa, es decir, anclada en los derechos y los intereses vitales de las personas; en segundo lugar, el análisis teórico de los espacios y las condiciones de realizabilidad, así como de los márgenes de irrealizabilidad de cada doctrina; en tercer lugar, el análisis empírico y la crítica política y jurídica de las concretas desviaciones o divergencias de cada sistema respecto de sus fuentes de legitimación tanto interna como externa. En efecto, la tesis mantenida en el apartado 25.3 a propósito del derecho penal de que estas fuentes no permiten legitimaciones apriorísticas o absolutas, sino sólo justificaciones *a posteriori*, parciales, imperfectas, contingentes y condicionadas, tiene el valor de un principio de carácter general *a posteriori*, en relación con las connotaciones empíricas de cada sistema; *parciales*, por ser relativas a normas particulares, institutos o actividades de cada ordenamiento y nunca al ordenamiento en su conjunto; *imperfectas*, en el sentido de que puede hablarse de grado más o menos alto de legitimidad, pero nunca de legitimidad absoluta; *contingentes*, por estar ligadas a este o aquel aspecto del pasado o del presente de cada sistema y nunca a sus aspectos futuros; *condicionadas*, por ser dependientes de la fuerza y del grado de madurez democrática de los sujetos sociales y de sus capacidades de control sobre los poderes, tanto públicos como privados.

NOTAS

1. La expresión es de Hobbes, que la usa a propósito de «este hombre artificial nuestro al que llamamos estado» (*Leviatán*, 26, p. 219), así como de las «ataduras artificiales, llamadas *leyes civiles*» (*ibid.*, 21, p. 175). Cf., también, *ibid.*, p. 13.

2. Platón, *Las Leyes* cit., II, lib. IV, 715d, p. 145: «A los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades»; cf., también, *ibid.*, lib. V, 729 d-c (recuérdense, sin embargo, los pasajes de *Las Leyes* y del *Político* citados en la nota 22 del cap. 2, en los cuales Platón se había expresado en sentido precisamente opuesto, es decir, a favor del gobierno de los hombres contra el de las leyes); Aristóteles, *Política*, cit., III, 15-16, 1286a-1287a, pp. 100-104: «Lo primero que debemos considerar en esta investigación es si conviene más ser gobernados por el mejor hombre o por las mejores leyes... Es preferible que la ley gobierne antes que uno cualquiera de los ciudadanos... Por tanto, el que defiende el gobierno de la ley defiende el gobierno exclusivo de la divinidad y la razón y el que defiende el gobierno de un hombre añade un elemento animal, pues no otra cosa es el apetito, y la pasión perverte a los gobernantes y a los mejores de los hombres. La ley es, por consiguiente, razón sin apetito». La expresión «servidores de las leyes» usada por Platón y por Aristóteles será recuperada por Cicerón en la célebre máxima «omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus» (*Pro*

Cluentio, cit., cap. LIII, p. 101). La opción por el «gobierno de las leyes» es, en fin, un postulado de la cultura jurídica ilustrada: «en los gobiernos despóticos», escribe por ejemplo Filangieri, «mandan los hombres; en los gobiernos moderados mandan las leyes» (*Riflessioni*, cit., p. 378; cf., *supra*, las notas 5 y 23 del cap. 1). Para referencias más amplias, cf. N. Bobbio, *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?* (1983), en *El futuro de la democracia*, cit., pp. 195 ss.

3. O. c., pp. 124 ss. La expresión *sub lege*, recuerda Bobbio, aparece en la clásica fórmula de Henri Bracton sobre la fundación jurídica de la soberanía: «ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub deo et sub lege quia lex facit regem» (*De legibus et consuetudinibus Angliae*, cit., II, p. 33).

4. Sobre la expresión italiana *stato di diritto* y sobre las homónimas o sinónimas de *Rechtsstaat*, *Rule of law*, *Règne de la loi* y *Séparation des pouvoirs*, remito a A. Baratta, voz *Stato di diritto*, en *Scienze politiche*, A. Negri (ed.), I, *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer*, Feltrinelli, Milán, 1970, pp. 509-523.

5. Cf., por ejemplo, H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 345: «si se reconoce en el estado un orden jurídico, todo estado es un estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica; *ibid.*, p. 320: «todo estado, en este sentido, tiene que ser un estado de derecho, puesto que todo estado es un orden jurídico».

6. B. Guggenberger y C. Offe, *La legittimazione della maggioranza di fronte a minoranze, gruppi di pressione e movimenti sociali*, en Varios, *Rappresentanza, legittimazione e minoranze. L'esperienza storico-tedesca in un contesto comparativo*, «Quaderni della Fondazione Basso», Angeli, Milán, 1986, p. 167. Una tesis análoga es la mantenida por N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, cit., p. 15, según el cual «las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego».

7. Cf. también los artículos 9 y 19 de la misma Constitución, primera parte, sobre el carácter ilegal y punible del ejercicio de cualquier poder público en violación de tales deberes. Sobre esta idea de una auto-obligación del estado correlativa a la existencia de derechos fundamentales de los ciudadanos en su relación con él —rechazada como insensata por H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., p. 236 y *Teoría pura*, cit., pp. 287 y 314-315, como antes por J. Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno* cit., cap. IV— se basa la estructura normativa del estado constitucional de derecho (cf., *supra*, apartado 26).

8. En este sentido cf. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pp. 286-288 y 383-388, donde se sostiene el carácter anti-utilitarista de los derechos fundamentales, si por «utilidad» se entiende la utilidad general: «el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos»; en efecto, «ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resultan inconvenientes» (*ibid.*, p. 288).

9. A. Tocqueville, *La democracia en América*, cit., II, p. 34: «En cuanto a mí, cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente, me importa poco saber quién me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten».

10. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., 14, p. 113: «Hay algunos derechos que ningún hombre, ni mediante palabras ni mediante cualquier otro signo, ha dado a entender que los ha abandonado o que ha renunciado a ellos. En primer lugar, un hombre no puede renunciar al derecho de resistir a aquellos que lo asaltan por la fuerza y quieren quitarle la vida, porque no puede entenderse que de su pasividad se derive bien alguno para sí mismo. Lo mismo puede decirse de la resistencia al daño físico, a las cadenas y al en-

carcelamiento», *ibid.*, 28, p. 248: «Ningún hombre está obligado por convenio a no resistir que se le haga violencia; y, consecuentemente, no puede pretenderse que haya otorgado a otro el derecho de poner las manos sobre su persona de una manera violenta».

11. De esta y de otras diferencias estructurales entre derecho de propiedad (que es un «derecho sobre» y, por tanto, propiamente un «poder») y derechos de libertad, y sobre el uso ideológico de la misma palabra «derecho (subjetivo)» para designar a uno y a otros, hablaré de forma más analítica en el apartado 60. Cf. también mi *Teoria assiomaticizzata del diritto*, cit., pp. 99 ss. La confusión entre propiedad y libertad ha constituido todavía últimamente el fundamento teórico de las doctrinas liberal-conservadoras de Nozick, Friedman, Rand y otros apologetas americanos de la propiedad y de la libertad de mercado. Para un balance crítico de estos planteamientos llamados *libertarian*, cf. P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, cit., que con feliz expresión los califica de «anarcocapitalistas» (p. 14).

12. Sería sin embargo un error pensar que las Constituciones del siglo XVIII olvidaron completamente estos derechos. En el título I de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 se establece, entre las «disposiciones fundamentales garantizadas por la constitución», que «se creará y organizará un instituto general de socorros públicos para educar a los niños abandonados, dar asistencia a los pobres y enfermos y proporcionar trabajo a los pobres válidos que no hubieran podido procurárselo. Se creará y organizará una Instrucción pública común a todos los ciudadanos, gratuita en las partes de la enseñanza indispensables para todos los hombres, cuyos establecimientos serán distribuidos gradualmente, según las divisiones del reino». La Constitución del 24 de junio de 1793, además, establecía en el art. 21 que «Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, tanto procurándoles trabajo, como asegurando los medios de subsistencia a aquellos que no estén en condiciones de trabajar»; y en el art. 22 que «la instrucción es necesidad de todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública, y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos». En fin, la Constitución del 22 de agosto de 1795 dedicaba un título entero a la enseñanza pública y gratuita (título X, arts. 296-301). Por último, merecen ser recordados el proyecto de *Déclaration* presentado por Robespierre el 24 de abril de 1793 (que en los arts. 6-8 prescribía límites a la propiedad y en el art. 11 establecía la obligación de proveer a la subsistencia de aquellos que carecen de lo necesario) y la *Déclaration solennelle des droits de l'homme dans l'état social*, presentada en nombre de los Enragés por Jean-François Varlet el 13 de mayo de 1793, cuyos textos se encuentran recogidos en A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, cit., pp. 358 y 402-408.

13. F. A. Hayek, *The Principles of a Liberal Social Order*, en «Il Politico», 1966, pp. 601-618; Id., *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, *ibid.*, 1968, pp. 693-723; Id., *The Constitution of Liberty* (1960), trad. cast. de J. Vicente Torres, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, ³1978, pp. 177 ss.; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 34 ss. Para una crítica de estas distinciones, y en particular de la de Hayek, cf. N. Bobbio, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, (1970), en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977, pp. 123 ss.

14. Esta acepción de «norma secundaria» —bien distinta de la de Hart (*loc. cit.*), según el cual son «secundarias» todas las normas que confieren poderes (incluidos por tanto los negocios que confieren poderes privados), mientras son «primarias» todas las que asignan obligaciones (incluidas por consiguiente las que prescriben a los órganos públicos producir normas jurídicas)— escapa a la crítica que G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Giappichelli, Turín, 1967, pp. 146 ss., hace de la noción de «norma secundaria» como norma genéricamente «superior» respecto a las normas de

grado «inferior». En ella entran, en efecto, las normas no ya en tanto que simplemente «superiores», sino en cuanto disciplinan —instituyendo prohibiciones, obligaciones o facultades, de tipo procesal o sustancial— la actividad normativa de los órganos públicos, poco importa si sólo primaria o también secundaria respecto a otras fuentes normativas.

15. Uso con alguna duda la expresión *estado de derecho socialista*, en vez de la menos comprometedora de *estado de derecho social*, a causa de los muchos significados —desde el socialismo «utópico» al «científico» de Marx, de los «socialismos reales» del Este a las socialdemocracias europeas y a los diversos socialismos más o menos reformistas— ya evocados por la palabra «socialismo», la cual, sin embargo, al menos a los fines de una teoría del derecho, me parece útilmente redefinible precisamente como un sistema que consiste en la garantía de los que he llamado «derechos sociales» y en su efectiva e igualitaria satisfacción.

16. Además de las tesis formuladas por Hayek en los textos citados en la nota 13, entre los sostenedores de esta tesis de la incompatibilidad entre los dos tipos de garantías y, más en general, entre estado de derecho y estado social, puede recordarse a N. Luhmann, *Il Welfare State come problema politico e teorico*, en *Trasformazioni e crisi del Welfare State*, E. Fano, G. Marramao y S. Rodotà (eds.), De Donato, Bari, 1983, pp. 349-359. Véanse también —en apoyo de esta tesis y, más en general, de estrategias políticas neoconservadoras que justifican perspectivas de *deregulation* y redimensionamiento del estado social por la necesidad de salvaguardar el estado de derecho— los escritos, informados por el paradigma de la *auto-poyesis*, de los teóricos de la *reflexive Law* Peter Heil, Helmut Willke y Gunther Teubner, así como los xerografiados del mismo Luhmann citados y criticados por D. Zolo, *Autopoiesis: un paradigma conservatore* (1986), en *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Turín, 1987, pp. 283-285.

17. Cf., sobre estos temas, N. Bobbio, *La democrazia y el poder invisibile* (1980), en *El futuro*, cit., pp. 65-84. Véase además L. Ferrajoli-D. Zolo, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milán, 1978 y L. Ferrajoli, *Stato di diritto e stato sociale*, cit.

18. Es la dirección indicada por N. Bobbio en *Democrazia rappresentativa y democrazia directa* (1978), en *El futuro*, cit., pp. 32 ss.

19. La distinción entre «constitución formal» y «constitución material» fue usada originariamente para distinguir, según las palabras de C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico* (1949), Cedam, Padua, 1962, pp. 70-71, el texto de la Constitución y de las leyes constitucionales del «principio supremo institucional», que se concreta en el «estado sociedad, en el cuerpo social recogido en una serie de concepciones y de fines comunes», o sea, en los «fines institucionales en torno a los cuales se ordenan las fuerzas que se encuentran, en virtud de la posesión de los medios adecuados para asegurar el ejercicio del poder social, en una posición de supraordenación»; cf. también, para una noción más o menos del mismo tenor, Id., *Costituzione (Dottrine generali)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XI, 1962, pp. 169-178. Esta confusa noción sociológica de «constitución material» se ha prestado en muchos casos a ser utilizada para legitimar las derogaciones de hecho de la constitución formal y las consiguientes propuestas de reforma dirigidas a la adecuación de ésta a aquéllas. Me parece por ello menos perturbador utilizar la distinción para designar la divergencia entre modelo constitucional normativo y orden constitucional efectivo, es decir, entre deber ser (normativo) y ser (efectivo) del orden constitucional.

20. Para una profundización de estas indicaciones meta-teóricas y de la crítica epistemológica del normativismo y del realismo, remito, además de al apartado 26.3, a mi *La semantica della teoria del diritto*, cit., pp. 104 ss.

21. J. Bentham, *Fragmento*, cit., cap. IV, pp. 101 ss.; H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 68-69; 72; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 250-251.

22. Sobre la pertinencia del atributo «válido» no ya a la totalidad del ordenamiento al que pertenece el precepto de que se predica, sino sólo al contenido prescriptivo de las normas inmediatamente superiores a él, remito a mi trabajo *La semántica*, cit., pp. 124-125.

23. Según S. Senese, *Crisi della giustizia o crisi della democrazia?*, en «Mondoperaio», 1984, n. 6/7, pp. 26-28, la Constitución italiana, al conferir al juez el poder de excepcionar la inconstitucionalidad, le ha asignado un papel institucional de «crítico de las leyes» que retroactúa sobre el significado del «mismo principio de la sujeción del juez solamente a la ley»: en efecto, «la ley a la que el juez está sujeto no es nunca un dato textual inmóvil y fijo, sino sobre todo una combinación de ley ordinaria y norma constitucional, que puede invalidarla y en todo caso la pone en tensión».

24. H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., pp. IX y 7 ss.; Id., *Teoría pura*, cit., pp. 38 y ss. y 121-122.

25. N. Bobbio, *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1955, pp. 79-82 (hay trad. cast., *La teoría pura del derecho y sus críticos*, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, pp. 122-124); Id., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 199-200; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 106.

26. Cf., *supra*, el apartado 26.3.

27. N. Bobbio, *Il positivismo*, cit., pp. 196-201. Del mismo modo Kelsen llama a los juicios jurídicos de validez «juicios de valor objetivo», caracterizados por el hecho de que en ellos «la existencia del valor de legalidad es objetivamente constatable» (*Teoría*, cit., p. 48).

28. Merece una referencia a este propósito la reciente Constitución de Nicaragua, de 9 de enero de 1987, que en los arts. 44 y 187 confiere a todo ciudadano el «recurso de amparo» por violación de cualquier derecho individual por parte del estado, así como el «recurso por inconstitucionalidad de toda Ley, Decreto o Reglamento que se oponga a lo prescripto por la constitución».

29. J. Bentham, *Fragmento*, cit., Prefacio, p. 11.

30. Véase su formulación en H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 174-175 y 192; Id., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 204 ss. y 364 ss.

31. Son dos de las tres tareas asignadas por Bobbio a la ciencia jurídica en el conocidísimo ensayo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, 1976, pp. 313-319 (trad. cast., *Ciencia del derecho y análisis del lenguaje*, en N. Bobbio, *Contribución*, cit., pp. 192-197).

32. Es precisamente lo que hace H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 364 ss., a causa de la ausencia de distinción entre vigencia y validez. Kelsen dedica todo un capítulo al intento de demostrar el carácter no contradictorio de los discursos científicos que admiten simultáneamente la validez de varias normas entre sí contradictorias. Es obvio que semejante tesis puede regir sólo en cuanto «validez» se entienda en el sentido formal de vigencia: no existe, en efecto, ninguna contradicción en constatar el hecho de que en el derecho vigente existen normas en contradicción entre sí. Si por el contrario «validez» se entiende, más propiamente, en el sentido de conformidad también sustancial de una norma con la norma superior a ella, resulta irremediablemente contradictorio decir que dos normas contradictorias entre sí son ambas válidas. Quizás resulte superfluo precisar que la epistemología que aquí se postula es válida sólo para los ordenamientos, como los estados de derecho, caracterizados por la existencia de distintos niveles de normas y por la consiguiente desviación virtual entre uno y otro nivel.

Este nexo entre epistemología jurídica y estructura normativa de los ordenamientos no tiene nada de extraño: del mismo modo que, en ausencia de un sistema formalizado de fuentes positivas, la epistemología iusnaturalista de la doctrina jurídica premoderna era distinta de la positivista, también lo es la epistemología garantista exigida por la presencia de una estructura escalonada en el ordenamiento, como lo es la de un estado de derecho dotado de Constitución rígida, con respecto a la epistemología que hacen posible ordenamientos con un sólo nivel normativo. Sobre esta cuestión remito a mis trabajos *La semantica*, cit., pp. 115 ss., y *La formazione dei concetti*, cit., pp. 421 ss.

33. Sobre la categoría de la *auto-poyesis* —elaborada por los biólogos chilenos H. R. Maturana y F. J. Varela en un trabajo de 1973 para explicar las condiciones biológicas de la supervivencia, recuperada y aplicada como nuevo paradigma en las disciplinas epistemológicas y en las ciencias sociales por numerosos estudiosos y en particular por N. Luhmann— cf. E. Resta, *Stili cognitivi della legittimazione*, en R. Treves (ed.), *Diritto e legittimazione*, Angeli, Milán, 1985, pp. 69 ss.; D. Zolo, *Autopoiesis*, cit., pp. 279-336.

34. «El estado», afirma Hegel, «es la realidad efectiva de la idea ética, el espíritu ético como voluntad sustancial *revelada*, clara para sí misma, que se piensa y se sabe y cumple aquello que sabe precisamente porque lo sabe. En las *costumbres* (el estado) tiene su existencia inmediata» (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 257, p. 318); «El estado... es lo *racional* en y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo *supremo deber* es ser miembro del estado» (*ibid.*, 258, p. 209). Cf. también, de Hegel, los Agregados, cit., 152, p. 234; Id., *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, cit., 535-541, pp. 473 ss.; Id., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, cit., pp. 100-107.

35. «El estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte, la *libertad concreta* consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares... se conviertan por sí mismos en interés de lo universal» (*Fundamentos de la filosofía del derecho*, cit., 260, p. 325); «(el sentimiento político) es la conciencia de que mi interés sustancial y particular está contenido y preservado en el interés y el fin de otro (aquí el estado), en cuanto está en relación conmigo como individuo. De esta manera, este otro deja inmediatamente de ser un otro para mí y yo no soy libre en esta conciencia (*ibid.*, 268, p. 332).

36. *Principios de la filosofía del derecho*, cit., 258, p. 319.

37. N. Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (1981), trad. it. de R. Sutter, *Teoria politica nello stato del benessere*, Angeli, Milán, 1983; cf. también Id., *Politische Planung* (1971), trad. it. di F. Spalla, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Nápoles, 1978, pp. 67-68: «En la tradicional teoría europea de la sociedad política, la sociedad venía considerada como un todo formado de partes, es decir, del mismo modo que un organismo, como una totalidad viviente formada de partes vivientes. Según esta concepción, la vida de las partes representaba un momento esencial... La teoría sociológica de los sistemas sociales rompe esta tradición en cuanto considera al hombre ya no como parte del sistema social, sino como ambiente problemático del sistema mismo». Véanse las críticas, de orden epistemológico y lógico, dirigidas a semejante paradigma por D. Zolo, *Autopoiesis*, cit., pp. 314-336. Parecen por otra parte evidentes las valencias ideológicas del nuevo planteamiento teórico. Sobre todo, la opción organicista, es decir, la concepción de los sistemas políticos como organismos (aunque sean no vivientes) en los que las partes, comprendidos los individuos, son subsistemas funcionales y subordinados al todo. En segundo lugar, la asunción —en la relación sistema/ambiente, que en la teoría política se traduce en la de sistema político/ambiente social— de la primacía del primero sobre el segundo: es el sistema político

y no el ambiente social, el estado y no los ciudadanos, el que resulta concebido como sujeto activo que debe autoconservarse a expensas de la sociedad, configurada respecto al primero como parte pasiva o en todo caso puramente reactiva. En tercer lugar, la constante ambigüedad de esta doctrina, que pasa continuamente de tesis descriptivas a tesis valorativas, y en último análisis axiológicas: Luhmann parece en efecto resistirse a aclarar si su teoría se limita a decir cómo van las cosas o bien si aspira también a sugerirnos cómo las cosas no pueden andar o, lo que es peor, cómo deben andar. Y acaba a menudo por equiparar subrepticamente su descripción «científica» del mundo como es con la tesis, no importa si optimista o pesimista, de que el mundo *no puede ser de otro modo*. Lo que hace evidente la falacia naturalista. De la tesis (opinable) de que éste es el mundo existente, es decir, de un juicio de hecho, se deriva un juicio de valor o, lo que es lo mismo, de necesidad: precisamente, el juicio de derechas de que éste es el mejor de los mundos posibles; o el de izquierdas de que este mundo, aun siendo pésimo, es el único posible, el ser necesario o inevitable. Es así como el cientifismo sociológico se convierte en una nueva filosofía de la historia y en una nueva metafísica determinista.

38. Por eso carece de sentido, si se toma al pie de la letra, la pregunta *Are there any Natural Rights?*, que constituye el título del excelente ensayo de H. L. A. Hart, *¿Hay derechos naturales?* (1955), en *Derecho y moral*, cit., pp. 65 ss. Lo mismo cabe decir de la pregunta *Vi sono diritti fondamentali?*, que da título a la confrontación entre las tesis ético-cognoscitivistas de Giuliano Pontara y las anticognoscitivistas de Norberto Bobbio, en «Rivista di Filosofia», 18, 1980, pp. 455-478 (hay trad. cast. de R. de A. Roig, *¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara*, en *El tiempo de los derechos*, Edit. Sistema, Madrid, 1991, pp. 85-95).

39. «En él», prosigue Hobbes, «la soberanía actúa como *alma* artificial, como algo que da vida y movimiento a todo el cuerpo; [...] la *equidad* y las *leyes* son una *razón* y una *voluntad* artificiales» (*Leviatán*, cit., Introducción, pp. 13-14).

40. Cf., al respecto, N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, y N. Bobbio y M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Il Saggiatore, Milán, 1979, pp. 59 ss. (hay trad. cast. de J. C. Bayón, *El modelo iusnaturalista*, en N. Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1985, pp. 115 y ss.).

41. Es significativo que Rousseau sea el único de los grandes pensadores iusnaturalistas que concibió el contrato social como enajenación en el estado de todos los derechos que el hombre tiene en el estado de naturaleza, incluido el derecho a la vida (*Del contrato social*, cit., I, 6, pp. 21-23 y 9, p. 28; II, 4-5, pp. 36-42): cf., sobre este tema, N. Bobbio, o. c., pp. 68-71, que subraya que ni siquiera Hobbes sostuvo una tesis semejante y recuerda que mientras según Hobbes y Spinoza los hombres, al entrar en el estado civil, renuncian a todos los derechos excepto a uno (para Hobbes el derecho a la vida, para Spinoza la libertad de opinión), según Locke conservan todos menos uno (el derecho de castigar y de hacerse justicia por sí mismos). Esto depende precisamente de la bien conocida connotación ética y organicista asociada por Rousseau a la voluntad general —es decir, al elemento formal y político del *quién* decide, cualesquiera que sean los contenidos de la decisión— y a la consiguiente confusión entre derecho y moral y entre estado e individuo: «(El pacto social) se reduce a los términos siguientes: *Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo*. En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad» (o. c., p. 23); «Igual que la natu-

raleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos... la voluntad general es siempre recta» (*ibid.*, pp. 36-37); «Quien se atreve con la empresa de instituir un pueblo debe sentirse en condiciones de cambiar, por así decir, la naturaleza humana; de transformar a cada individuo, que por sí mismo es un todo perfecto y solitario, en parte de un todo mayor, del que ese individuo recibe en cierta forma su vida y su ser; de alterar la constitución del hombre para reforzarla; de sustituir por una existencia parcial y moral la existencia física e independiente que todos hemos recibido de la naturaleza» (*ibid.*, II, 7, p. 46).

42. Sobre la concepción del estado como entidad «natural» en la antigüedad clásica y en toda la Edad Media cristiana, en oposición a la iusnaturalista del estado como entidad pactada o positiva, cf. G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno* (1930-1931), Guida, Nápoles, 1985, pp. 9-35 y 42 ss.; N. Bobbio, *o. c.*, pp. 34-48, que recuerda también cómo la idea antigua de la naturalidad del estado fue siempre exhumada, en oposición a las doctrinas iusnaturalistas, por los «escritores reaccionarios», como por ejemplo Robert Filmer y Carl Ludwig von Haller. La caracterización del estado como «artificio» o «criatura» es de Hobbes, del que pueden verse los textos citados en las notas 1 y 39. La calificación del mismo como «invención» es de J. Locke, *Seconda lettera sulla tolleranza* (1690), en *Scritti sulla tolleranza*, ed. de D. Marconi, Utet, Turín, 1977, p. 253, donde se llama «invención e institución del hombre» a todas «las sociedades políticas, es decir, a las sociedades civiles y a los gobiernos». La definición de las instituciones jurídicas como «convenciones» se encuentra por el contrario en J.-J. Rousseau, *Del Contrato social*, cit., I, 4, p. 15 y en C. A. Helvetius, *De l'Homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, Société Typographique, Londres, 1773, IX, 9, vol. II, p. 314: «¿Qué es sino un gobierno el conjunto de leyes o de convenciones acordadas por los ciudadanos de una misma nación?»; cf. también, *ibid.*, apart. X, cap. VII, vol. II, pp. 418 ss. Véase, en fin, el mismo orden de ideas en C. Beccaria, *o. c.*, 28 p. 77 y *passim*. Es quizá superfluo precisar que la tesis que aquí se mantiene del carácter «democrático» de la justificación contractualista del estado como artificio construido por los hombres para la tutela de sus derechos no quiere decir que los autores citados, y mucho menos Hobbes, sean escritores «demócratas»; y tampoco supone pasar por alto la fuerte connotación propietaria y mercantilista asociada por la mayoría de ellos a las nociones de «libertad» y de «derechos naturales» (sobre las cuales volveré en el apartado 60.3 a propósito de la construcción iusnaturalista de la noción de «derecho subjetivo»).

43. Cf., por ejemplo, C. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., XI, 4, p. 150: «es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites». Para Hobbes, el «deseo de conseguir poder tras poder, que sólo cesa con la muerte», es como se sabe la primera inclinación natural de los hombres y constituye la base de su conflicto permanente (*Leviatán*, caps. X-XI, pp. 78-92; Id., *Elementos de derecho natural y político*, cit., parte I, caps. VII, 7 y VIII, 4-6). Recuérdese también la caracterización del poder de los hombres en Aristóteles, *Política*, cit., III, 16, 1287a, p. 104, como «animal», «pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres».

44. Una expresión extrema de la primera actitud la ofrece J. de Maistre, *Las veladas de San Petersburgo*, cit., que basa su apología de la pena y del poder punitivo en la tesis de que «el hombre es malo, horriblemente malo» (p. 37); «se contempla sin cesar y no puede hacerlo sin avergonzarse... sus luces... no sirven más que para demostrarle inclinaciones abominables que le hacen descender a la región de los brutos. Busca en las profundidades de su ser alguna parte sana, sin poderla encontrar: el mal lo

ha corrompido todo, y el hombre entero es una enfermedad» (p. 36); una «enfermedad original», ya que «no pudiendo ser la degradación sino una pena, y suponiendo la pena un crimen, la razón por sí sola se encuentra conducida, como por fuerza, al pecado original» (p. 38). Pero recuérdense, sobre todo, las visiones de la sociedad como «gran enferma» necesitada de cuidados y de disciplina y las imágenes medicinales y terapéuticas del poder político en los escritos de los positivistas franceses de finales del siglo pasado, como por ejemplo Taine: «Por malo que sea un gobierno, hay una cosa peor, y es la falta de gobierno. En efecto, es gracias al gobierno como las voluntades humanas se coordinan en vez de ser presa del desorden. Esto, en una sociedad, sirve casi como el cerebro en una criatura viviente. Incapaz, desconsiderado, distraído, vuelto sobre sí mismo, a menudo aquél abusa de su papel y descuida y deforma el cuerpo que debería dirigir y guiar. Pero en conjunto, haga lo que haga, hará más bien que mal, porque es por medio de él como el cuerpo se rige, camina y coordina sus pasos... Si falla el gobierno, la razón deja de conducir los asuntos públicos y la organización social retrocede de muchas etapas... Si las *manos groseras* del pueblo tocan todas aquellas ruedas dentadas y delicadas que constituyen la gran máquina económica, social y política... no pueden más que deformarla, y acaso romperla, bajo el impulso del momento» (H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, II parte, *La révolution. L'anarchie*, cap. III, p. 81). Sobre las culturas de la «derecha revolucionaria» desarrolladas en Francia después de la Comuna, cf. P. Ferraris, *Società malata e potere medicale nelle visioni positiviste della Francia di fine ottocento*, en curso de publicación.

Una expresión de la segunda actitud es por el contrario la ofrecida por T. Paine, *Common sense* (1776), trad. it. de T. Magri, en *I diritti dell'uomo*, Editori Riuniti, Roma, 1978, p. 65: «La sociedad ha sido producida por nuestras necesidades y el gobierno por nuestra maldad: la primera promueve nuestra felicidad positivamente uniendo entre sí nuestros afectos, el segundo negativamente poniendo freno a nuestros vicios. Una estimula las relaciones, el otro crea las diferencias. La primera protege, el segundo castiga. La sociedad es bajo cualquier condición una bendición; el gobierno, incluso en su forma mejor, no es más que un mal necesario, en la peor es insostenible». Recuérdense también el optimismo y el pesimismo antropológico respectivamente en la base del principio de presunción de inocencia y de su negación en los autores citados en la nota 6 del capítulo 9.

45. Cláusulas semejantes de vaciamiento —estipuladas mediante fórmulas semánticamente indeterminadas (prohibición del «abuso» de los derechos, condicionamiento de su ejercicio a «fines lícitos», límite de la «seguridad nacional», o de la «moralidad pública», del «orden público» y de las «buenas costumbres», o del «interés general») — tienen una gran difusión en los textos constitucionales latinoamericanos: en particular, se encuentran en las Constituciones de México (art. 5.1), Cuba (art. 61), Honduras (arts. 62, 78, 79.2 y 103), Costa Rica (art. 25), Colombia (art. 44), Venezuela (arts. 43, 70, 71, 115), Perú (arts. 2.7, 2.10, 2.11), Brasil (arts. 153.28 y 154), Chile (arts. 8, 19, 23.1), Uruguay (arts. 7 y 10.1) y Nicaragua (art. 24). Para una reseña analítica, cf. E. P. Haba, *Tratado básico de derechos humanos*, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986, I, pp. 355 ss. Fórmulas indeterminadas son también las que vinculan a fines sociales las libertades civiles sancionadas en la Constitución soviética (art. 125) y más aun las que las connotan, como en la Constitución china de 1975 (arts. 11-14), en sentido ético-pedagógico. Hay que recordar, en fin, las cláusulas de vaciamiento contenidas en la Constitución de Alemania Occidental: además del citado art. 18, también el art. 2.1, que condiciona el «derecho al libre desarrollo de la propia personalidad» al respeto, entre otras, de la «ley moral»; los arts. 5.2 y 5.3, según los cuales las libertades de expresión y de prensa «encuentran sus límites en las disposiciones de las leyes» ordinarias y la libertad de enseñanza «no

exime de la fidelidad a la Constitución»; los arts. 9.2 y 21.2, que prohíben las asociaciones «dirigidas contra el ordenamiento constitucional» y los partidos que «se propongan perjudicar o eliminar el ordenamiento fundamental democrático y liberal».

46. Entre las Constituciones modernas merece recordarse la reciente de Nicaragua, que en el art. 2 califica literalmente al estado como «instrumento del pueblo» para la tutela y la satisfacción de sus derechos.

47. «El fin al que tiende la ley no es otro que la felicidad de los ciudadanos» (F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum, libri IX*, cit., lib. VIII, aphor. 5, p. 805). Cf. también L. Muratori, *Della pubblica felicità oggetto d'buoni principi* (1749), L. Bosi di Palma (ed.), Loescher, Turín, 1971, cap. IX, pp. 31-40; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., Introducción, pp. 25-26; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. I, Introducción, pp. 2-3, y t. I, lib. I y II, pp. 47-55 y X, pp. 111-112; J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit. El nexo funcional entre derecho y felicidad se encuentra expresado con agudeza por C. A. Helvetius, *De l'Homme*, cit., apart. VI, cap. XV, vol. II, p. 118: «Unas leyes sabias podrían sin duda operar el prodigio de una felicidad universal». Para una interpretación liberal-democrática del pensamiento de Helvetius, replanteada en polémica con las deformaciones corrientes de quienes querrían ver en él una posición totalitaria, véase el excelente ensayo de L. Gianformaggio, *Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvetius*, Edizioni di Comunità, Milán, 1979. Ya Aristóteles, *Política*, cit., III, 10, 1281a, p. 85, había afirmado que «fin de la ciudad es, pues, el vivir bien»; y que «la ciudad es mejor gobernada por el régimen que hace posible la mayor medida de felicidad» (*ibid.*, VII, 13, 1332a, p. 134). Norberto Bobbio resalta por lo demás que «la idea de que sea tarea del estado proveer a la felicidad de los súbditos» fue progresivamente abandonada «a medida que tomó cuerpo la figura del estado liberal y de derecho»; y recuerda la firme aversión de Kant al «estado paternalista» o «eudemonológico, cuyo cometido se pretendía que fuese hacer felices a los súbditos», en vez de «dar a los mismos tanta libertad como para permitir a cada uno perseguir la propia libertad a su manera» (*La rivoluzione Francese e i Diritti dell'uomo*, conferencia celebrada en la Biblioteca de la Cámara de los diputados el 14.12.1988, p. 15; hay trad. cast., *La Revolución francesa y los derechos del hombre*, en *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 131 y ss).

48. La expresión es de Hegel (o. c., apartado 337, p. 418).

49. *Ibid.*, 325, p. 410.

50. *Ibid.*, 100, p. 161.

51. *Ibid.*, 327-328, pp. 411-412.

52. *Ibid.*, 324, p. 409.

53. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., 14, p. 118: «Un convenio que me obligue a no defenderme usando la fuerza cuando la fuerza es ejercida sobre mí, siempre será nulo. Porque, como he mostrado antes, ningún hombre puede transferir o ceder su derecho a salvarse de la muerte, del daño físico y del encarcelamiento». Cf., *supra*, la nota 10.

54. «Ya he mostrado antes, en el capítulo 14, que aquellos convenios en los que un hombre renuncia a la defensa de su propio cuerpo son inválidos. Por consiguiente, si el soberano manda a un hombre (aunque éste haya sido condenado justamente) que se mate, se hiera o se mutile a sí mismo, o que no haga resistencia a quienes lo asaltan, o que se abstenga de hacer uso de comida, aire, medicina y cualquier otra cosa sin la cual no podrá vivir, ese hombre tendrá la libertad de desobedecer» (*ibid.*, 21, p. 179).

55. «Un hombre al que, en su condición de soldado, se le ordena luchar contra el enemigo, podrá en muchos casos, sin cometer injusticia, negarse a obedecer esa orden, si bien el soberano tendrá el derecho de castigar su negativa con la muerte... Y debe también hacerse alguna concesión a la timidez natural, no sólo de las mujeres, de las que no debe esperarse un servicio tan peligroso, sino también de los hombres cuyo coraje es

feminoide. Siempre que los ejércitos luchan, tienen lugar huidas en uno de los bandos, o en los dos; sin embargo, cuando huir no es un acto de traición, sino simplemente de miedo, no se estima injusto que los hombres huyan, sino deshonroso. Por la misma razón, evitar la batalla no es injusticia, sino cobardía» (*ibid.*, 21, pp. 179-180).

56. «Si un hombre es encerrado en prisión, o es encadenado, o no se le concede la libertad corporal, no podrá asumirse que está obligado a la sujeción en virtud de pacto alguno y, por lo tanto, le estará permitido, si puede, escapar por todos los medios a su alcance» (*Leviatán*, cit., 21, p. 182). Puede incluso, si «es hecho prisionero en la guerra, o su persona y sus medios de vida caen bajo control del enemigo, de modo que su vida y su libertad corporal le son concedidas bajo condición de hacerse súbdito del vencedor», aceptar esa condición (*ibid.*). Y «cuando un gran número de hombres se ha opuesto injustamente al poder soberano ¿no tendrán la libertad de agruparse para ayudarse y defenderse mutuamente? Sí que la tienen, ciertamente, pues no están haciendo otra cosa que defender sus vidas, a lo cual tiene derecho tanto el hombre culpable como el inocente. Hubo, desde luego, injusticia cuando por primera vez quebrantaron su deber; pero cuando después tomaron las armas, aunque lo hicieron por mantener lo que habían hecho, ello no constituyó un nuevo acto injusto. Y si tomaron las armas para defender sus personas no fue acto injusto en absoluto» (*ibid.*, p. 180).

57. *Diálogo*, cit., p. 13.

58. «Al instituir un estado, cada hombre renuncia a su derecho de defender a otro, pero no al de defenderse a sí mismo. También asume la obligación de asistir a quien posee la soberanía cuando el soberano castiga a otro» (*Leviatán*, cit., 28, p. 248); Ch. Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, cit., lib. III, cap. VII, apart. 12 y 13, p. 280: «nullum jus violo, si sponte mihi non accersam poenam, sed potius omnia tentem, ut poenam effugere possim».

59. H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, apart. 2, n. 1: «In hac re est aliquid quod ad contractuum naturam accedit: quia, sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se censetur ad ea omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui delinquit sua voluntate se obligasse videtur poenae, quia crimen grave non potest non esse punibile; ita ut qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit»; J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., II, 5, pp. 40-41: «El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. Quien quiere el fin quiere también los medios, y estos medios son inseparables de algunos riesgos, de algunas pérdidas incluso... para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si uno se convierte en ello»; A. Genovesi, *Della Diceosina*, cit., lib. I, cap. XVIII, apart. XIV y cap. XIX, apart. II-X, tomo II, pp. 167 ss., donde las penas se conciben como cumplimientos mediante los que «se extinguen con justicia las obligaciones nacidas de los delitos»; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., VII, pp. 112-113, que recoge y hace suyo el texto de Grocio que se ha citado; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* cit., t. III, lib. III, caps. XXV-XXVI, pp. 303-310: «Si las leyes son las fórmulas que expresan los pactos sociales, toda transgresión de la ley es la violación de un pacto»; «si el pacto que violas es uno de los más preciosos de la sociedad, el derecho que pierdes será también uno de los más preciosos para ti». El texto de Vico sobre el fundamento contractual y consensual de la obligación de someterse a la pena se encuentra recogido, *supra*, en la nota 140 del cap. 7.

60. *Principios de la filosofía del derecho*, cit., 100, p. 161. Véanse también *ibid.*, el agregado 63 al apart. 100, pp. 162-163 y las notas a los apart. 99-100, pp. 160-162.

61. *Ibid.*, apart. 100, p. 161. En el mismo orden de ideas se mueven E. Pessina, *Elementos de Derecho penal*, cit., I, p. 89: «(La pena), si se presenta en forma de dolor y de mal para el individuo que la sufre, es un bien en sí misma y el verdadero bien para

la actividad delincuente, reconciliándola con el orden»; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 215, que igualmente concibe la pena como «la que la sociedad, el hombre, se inflige a sí mismo para hacerse más hombre, es una corrección necesaria para su redención, es obra de esencial autoeducación»; V. Mathieu, *Perché punire?*, cit., pp. 163-164, donde se retoma la tesis hegeliana de que la pena le es «debida» al delincuente y que éste tiene «derecho» a sufrirla para poner a salvo su humanidad. La configuración de la pena como un «bien» para el que la padece, porque es «liberación del mal» y «medicina de la maldad», se remonta, como se recordará, a Platón, *Gorgias*, cit., 477-478, pp. 70-74; y fue retomada por Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXIX, art. 4, según el cual, en el caso de condena a muerte injusta, «non licet condemnato se defendere».

Derecho penal: concepto y principios constitucionales

3ª edición

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho penal
Universitat de València

tirant lo blanch

Valencia, 1999

**Derecho penal:
concepto y principios constitucionales**

CONCEPTO (III)

- 8. Constitución y Derecho penal
 - 8.1. Referencias constitucionales expresas al Derecho penal
 - 8.2. La Constitución como marco de la política criminal
 - 8.3. Los principios constitucionales
- 9. Relación con otras ramas del Derecho
 - 9.1. Cuestiones generales
 - 9.2. Relaciones con el Derecho privado
- 10. Especial referencia al Derecho administrativo: la unidad del Derecho sancionador
 - 10.1. La potestad sancionadora de la Administración
 - 10.2. La potestad sancionadora como potestad delegada
 - 10.3. Naturaleza jurídica
- 11. Derecho penal material y proceso penal

8. Constitución y Derecho penal

8.1. Referencias constitucionales expresas al Derecho penal

El Derecho penal es, de todas las ramas del Ordenamiento, la más estrechamente ligada con la Constitución. Ya hemos visto que su función es la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional (y a este punto hemos de volver a referirnos ampliamente al tratar el llamado «principio de ofensividad»). La

Constitución es la norma que define y escoge los valores a los que ha de servir el Ordenamiento. Por eso, no sólo delimita el campo de acción del Derecho penal (en mi opinión, de forma positiva), sino que además, fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos. Así, somete expresamente al legislador democrático a la obligación positiva de tutelar ciertos bienes, como el medio ambiente o el patrimonio cultural e histórico. Ello no puede conducir a pensar que no exista una obligación implícita de tutela de otros valores, cuya naturaleza individual ha hecho innecesaria la mención: el Tribunal Constitucional declaró, por ejemplo la necesidad implícita de tutelar la vida en formación (STC 11-4-1985). Del artículo 9.2 CE, auténtica formulación del Estado social de Derecho, donde se proclama que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos para hacer efectivas la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra y asegurar su participación en la vida política, económica, cultural y social, se desprende, como también después veremos, no sólo la legitimación sino incluso la obligación de tutelar valores de titularidad social, comunitaria o supraindividual: los bienes jurídicos colectivos.

8.2. *La Constitución como marco de la política criminal*

La Constitución no contiene en su seno una Política Criminal concreta ni, por tanto, establece unos criterios fijos; si así lo hiciera dejaría de ser el instrumento básico regulador de la convivencia democrática y pluralista para convertirse en un programa político partidista; pero sí marca unas líneas programáticas

generales y contiene un sistema de valores, que no puede ser contradicho. Es más, contiene referencias muy concretas al Derecho penal, como la supresión de la pena de muerte (salvo lo que pudieran disponer las leyes militares para tiempo de guerra) (art. 15) o la prohibición de que la Administración pueda imponer, directa o indirectamente privación de libertad (art. 25.3). Una de estas referencias, contenida en el art. 25.2, establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad han de tender a la reinserción social. Si entendiéramos la Constitución como un programa concreto, interpretaríamos que el precepto establece el carácter preventivo-especial de la pena, con absoluta prevalencia sobre otros fines. Ya hemos visto cómo esa interpretación sería no sólo indeseable sino conceptualmente imposible. Concibiendo la Constitución como un marco, en cambio, sí resulta adecuado afirmar la necesidad de que en la ejecución de esas penas y medidas, necesariamente se haya de tender a la reinserción social (extensamente, COBO-BOIX). Por cierto que ello otorga un amplio abanico de posibilidades al legislador para regular dicha ejecución y a los gobiernos para concretarla de acuerdo con las diversas opciones político-criminales.

Un ejemplo lo constituye la polémica abierta en torno a la política de reinserción de los terroristas, donde mientras unos grupos defienden la conveniencia de lograr una reinserción, prescindiendo si ello fuere útil del efectivo cumplimiento, otros exigen el cumplimiento íntegro, en nombre de la prevención general positiva cuando no de la pura retribución. Esta última postura podría, sin embargo, rozar la inconstitucionalidad si prescindiera en absoluto del mandato contenido en el art. 25.2; esto es, la reinserción social como tendencia de la ejecución de la pena.

8.3. Los principios constitucionales

Si hemos afirmado que los poderes públicos nacen y se limitan por la Constitución, y sabemos que el Derecho penal supone la ingerencia más grave que puede llevarse a cabo por el Estado respecto de los ciudadanos, limitando su derecho a desarrollar libremente la personalidad, comprenderemos fácilmente que la Constitución contenga importantes limitaciones a esa tarea, que afectan a todos los poderes del Estado, y que serán ampliamente abordados en las lecciones siguientes. Así, el poder legislativo queda limitado por la necesidad de que las normas penales supongan la mínima restricción posible de las libertades para asegurar dichas libertades (principio de prohibición de exceso), del que son consecuencias la necesaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos (principio de ofensividad) y la adecuación de las consecuencias jurídicas (principio de proporcionalidad); y el ejecutivo y el judicial, por su sometimiento a la ley (principio de legalidad) y por los que derivan, en los casos concretos de su aplicación, de la dignidad de la persona (principio de culpabilidad).

9. Relación con otras ramas del Derecho

9.1. Cuestiones generales

Las relaciones del Derecho penal con las otras ramas del Ordenamiento vienen marcadas por su función de tutela de valores e intereses que pueden, incluso suelen, proceder de éstas. Sin que se acoja aquí

la tesis del carácter secundario del Derecho penal, en virtud de la cual éste sólo se compone de la sanción, correspondiendo la selección de los presupuestos a las otras ramas, lo cierto es que, en muchas ocasiones y pese a la libertad del legislador penal, sí que se procede a tutelar derechos, intereses, valores en definitiva, que se reconocen en otros sectores del Ordenamiento. La ley penal incorpora conceptos provenientes de otras ramas, si bien, a veces, les otorga, a efectos penales, un contenido diferente. tal como sucede con los conceptos de funcionario público (art. 24 CP) o cosa mueble (arts. 234 y sgs.). Ya hemos afirmado que la norma objetiva de valoración establece el deber ser ideal de acuerdo con la totalidad del Ordenamiento: la valoración procede, pues, de esa globalidad, si bien las exigencias derivadas del principio de legalidad obligan a que aparezca recogida en el tipo, lo que le otorga la especificidad penal. Así, se recogen en los tipos penales conductas atentatorias contra bienes procedentes del Derecho constitucional (p. e. delitos contra la Constitución), internacional (delitos contra la comunidad internacional), administrativo (delitos contra la Administración Pública), civil (hurto, robo, estafa), mercantil (insolvencias punibles, delitos societarios), laboral (delitos contra los derechos de los trabajadores), financiero (delitos contra la Hacienda Pública), etc.

9.2. Relaciones con el Derecho privado

En el ámbito del Derecho privado, cobran especial importancia las relaciones con el Derecho civil. Ello se debe fundamentalmente a tres razones. En primer lugar, el Título Preliminar del Código Civil contiene

reglas que, con ciertas matizaciones, rigen respecto de todo el Ordenamiento: así, normas de interpretación, vigencia de las leyes, fuentes del Derecho, error, etc. Debe resaltarse, sin embargo, que no siempre resulta admisible la pretensión cuasiconstitucional del Título Preliminar del Código Civil que, en definitiva, es ley y no tiene mayor rango, por lo que basta que otra ley lo contradiga para que se pierda su proyección. En Derecho penal, además, ha de relativizarse mucho la vigencia de las normas del Título Preliminar del Código Civil, dadas las especiales garantías que han de rodear su aplicación y que fundamentalmente cristalizan en el origen de las normas (principio de legalidad) y en la responsabilidad subjetiva, que impone, por ejemplo, reglas diferentes en materia de error.

En segundo lugar, deben destacarse conceptos procedentes del Derecho civil que sí han sido recibidos, también con matices, en el ámbito penal: los conceptos de dolo y culpa, por ejemplo, tienen origen civil y no siempre es fácil diferenciarlos. En Derecho penal adquieren, sin embargo, un carácter marcadamente subjetivo.

Finalmente, ha de resaltarse que de la comisión de una conducta antijurídica deriva, como es lógico, una responsabilidad. Ya hemos expuesto que para apreciar la responsabilidad penal; esto es, para aplicar una pena —dejaremos ahora aparte la cuestión de las medidas, donde no puede hablarse propiamente de responsabilidad penal—, se requiere un doble nivel de imputación. El primero de ellos determina la existencia de la conducta contraria al deber ser ideal, el juicio de antijuridicidad. Y de él deriva la responsabilidad civil *ex delicto*. Se utiliza aquí el término «delito» en sentido amplio, —como equivalente a conducta típica antijurídica, mientras que en sentido estricto significa

«conducta punible»—. Es cierto que puede derivarse una responsabilidad civil de una conducta justificada que, por tanto, no contradice la norma de valoración: tal ocurre en los supuestos de estado de necesidad pero, como ya tendremos ocasión de ver, ésa no es una responsabilidad *ex delicto*, sino que tiene su fundamento en el enriquecimiento sin causa. La responsabilidad civil emanada del delito es, si se quiere también con matices que serán abordados en su momento, fundamentalmente objetiva, pues no responde a criterios sancionadores, sino distributivos y compensatorios. Precisamente es el carácter subjetivo de la responsabilidad sancionadora el que marca la diferencia entre una conducta antijurídica y una contraria a la norma penal; esto es, que ha infringido el deber derivado de la norma de determinación, lo que se comprueba en el juicio de culpabilidad o de imputación subjetiva.

10. Especial referencia al Derecho administrativo: la unidad del Derecho sancionador

10.1. La potestad sancionadora de la Administración

Pero de todas las ramas es, sin duda, el Derecho administrativo el que guarda más estrechas relaciones con el Derecho penal. Ambos pertenecen al Derecho público; regulan, por tanto, las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos. El Derecho penal otorga tutela a diferentes instituciones administrativas (delitos contra la Administración), al tiempo que castiga las conductas más graves cometidas por los empleados públicos (delitos de funcionarios).

La mayor particularidad que presenta el Derecho administrativo es que una de sus partes más importantes es el Derecho sancionador, que regula la llamada «potestad sancionadora de la Administración» en virtud de cuyas normas ésta impone sanciones que aparecen como consecuencias jurídicas de la realización de conductas contrarias al Derecho administrativo. Como puede verse, el Derecho administrativo sancionador funciona de manera muy similar al Derecho penal y las normas que de él emanan poseen una estructura y funciones, en principio, idénticas: la verificación de la conducta prevista comporta como consecuencia jurídica una sanción consistente en la privación o restricción de derechos, lo que se realiza con la pretensión de tutelar ciertos intereses. Ello conduce a plantearnos dos cuestiones fundamentales: si el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración es una función propia del poder ejecutivo o si, por el contrario, estamos ante una potestad delegada por el judicial y, en segundo lugar, si se trata de preceptos —y sanciones— de la misma naturaleza, de manera que no cabe apreciar diferencias cualitativas entre una infracción administrativa y un delito, o son de naturaleza diferente y obedecen a funciones distintas. De cómo se resuelva la primera de las cuestiones planteadas depende que los actos administrativos que imponen sanciones sean revisables o no por la jurisdicción —en cuanto al fondo, puesto que siempre estaría en un Estado de Derecho sometido al control judicial la legalidad de cualquier acto—; de cómo se resuelva la segunda, la posibilidad de imponer una doble sanción por un mismo hecho.

10.2. La potestad sancionadora como potestad delegada

Afirmar que la potestad sancionadora de la Administración es originaria equivale a otorgar al poder ejecutivo capacidad, no sólo de imponer sanciones, sino, sobre todo, de determinar cuándo, cómo y a quién se imponen. Debe tenerse en cuenta que una sanción supone la privación de algún derecho y que es consecuencia de la verificación de un hecho injusto; es la consecuencia jurídica de un hecho contrario a Derecho que aparece como su presupuesto. Por consiguiente, no es posible hablar de sanción si no determinamos previamente que su destinatario ha infringido el Ordenamiento. Y, a su vez, tal afirmación ha de ser, en un Estado de Derecho, resultado de un procedimiento que, con las debidas garantías, lo establezca. En otras palabras, es preciso enjuiciar una conducta, establecer que se da el presupuesto previsto en la norma y que, por tanto, puede y debe aplicarse la consecuencia: se trata de juzgar unos hechos y ejecutar lo que la norma prevé. Y juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es, según el artículo 117.3 de la Constitución competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales. Parece, pues, que debemos afirmar que la potestad de sancionar, tras la determinación de que se dan sus presupuestos, pertenece, originariamente al poder judicial puesto que no es otra cosa que función jurisdiccional. Así, su ejercicio por la Administración habría de entenderse como una función delegada y, por tanto, revisable, sin que pueda admitirse que la declaración del artículo 25.3 de la Constitución otorgue a la Administración potestad sancionadora autónoma, ya que se circunscribe a limitar su alcance, vedándole la posibilidad de imponer sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad.

Recientemente ha destacado NIETO que esta tesis es revisable por varias razones. En primer lugar, porque en nuestro Ordenamiento, a diferencia de otros, no son los tribunales penales los que revisan las decisiones de la Administración, entrando en el fondo de cada cuestión, sino los tribunales de lo contencioso que, en realidad, juzgan la legalidad del acto administrativo sancionador. En segundo lugar, porque la atribución a la Administración de una potestad sancionadora viene directamente otorgada por la Constitución, sin que quepa discutir la legitimidad de su origen. Y, finalmente, porque la jurisdicción no puede intervenir en un procedimiento administrativo sino cuando éste ha finalizado o cuando se plantea ante ella alguna cuestión concreta. Para este autor estamos ante una misma función —jurisdiccional—, que es atribuida a distintos órganos —Poder judicial y Administración— según el presupuesto que se dé: si se producen determinadas conductas conoce el Poder judicial y si se producen otras, la Administración. Sin embargo, tampoco resulta satisfactorio, en un Estado de Derecho, colocar al mismo nivel —aun cuando, como luego veremos, haya diferencias cuantitativas— un procedimiento sancionador administrativo y un proceso penal. Si bien es cierto que son los tribunales de lo contencioso los que revisan los procedimientos sancionadores y que la potestad sancionadora administrativa tiene reconocimiento constitucional, no lo es menos que la jurisdicción penal puede, en todo momento, intervenir sin que la apertura de un expediente administrativo lo impida y que, como hemos visto, el artículo 117.3 de la Constitución es categórico al atribuir la función jurisdiccional exclusivamente a los Jueces y Tribunales. El hecho de que la jurisdicción tenga *vis atractiva*, es decir que pueda recabar el conocimiento de un asunto, mientras

que la Administración haya de inhibirse cuando de la investigación de los hechos resulte que éstos son, o incluso, a juicio del instructor, haya razones suficientes para sospechar que puedan ser, constitutivos de delito, muestra que no pueden equipararse ambas funciones. Es más, la Administración queda sometida a lo que hayan establecido los Tribunales penales, tanto en cuanto a los hechos que declara probados cuanto a la calificación jurídico-penal de los mismos. Sólo cuando los Tribunales afirman los hechos, pero declaran que no son constitutivos de infracción penal, puede continuar el expediente administrativo y determinar una sanción. Por ello, parece más adecuado afirmar la primacía de la función jurisdiccional sobre la sancionadora de la Administración. De cualquier manera, la cuestión de si ésta es una función propia o no, puede considerarse muy secundaria si se reconoce su sumisión a las decisiones del Poder judicial.

10.3. Naturaleza jurídica

Mayor trascendencia tiene determinar si ambos ilícitos —delito e infracción administrativa— y ambas sanciones —pena y sanción— tienen o no la misma naturaleza o si, por el contrario, existe entre ellas alguna diferencia que permita justificar una doble reacción estatal frente a unos mismos hechos.

Pueden considerarse superadas aquellas posturas que consideran que existen diferencias cualitativas entre un delito y una infracción administrativa porque respecto de ésta no rige un sistema de limitaciones y garantías como el que inspira la regulación de aquélla: así, se ha mantenido que la infracción penal, por

exigencias del principio de ofensividad, ha de suponer la lesión o puesta en peligro de intereses jurídicamente protegidos, mientras que la administrativa se produce por la mera desobediencia al mandato de la norma, es una infracción formal. Si bien es cierto que, como hemos visto, la infracción de la norma penal exige la del deber ser ideal, esto es, la contrariedad con la norma objetiva de valoración, es insostenible, aun cuando todavía haya quien lo pretenda, considerar que las normas administrativas son meramente formales, que no responden a tutela de intereses alguno y que su infracción se consuma con la mera desobediencia. Las normas administrativas que prohíben conductas —y, aun en mayor medida, las que imponen su realización— establecen limitaciones al principio general de libertad y han de responder, por consiguiente, al criterio de intervención mínima: sólo para hacer efectivos los intereses generales, el máximo de libertad, pueden dictarse. Y su trasgresión, por tanto, exige la efectiva lesión o puesta en peligro del interés tutelado. Cosa distinta es que, dada su menor gravedad, sean admisibles en mucha mayor medida que en el ámbito estrictamente penal técnicas de adelantamiento de la barrera protectora, tales como el peligro abstracto, e incluso probablemente el puramente presunto, sin necesidad de esperar a que se produzca una quiebra del interés tutelado. Pensemos en las normas de tráfico, que castigan con multas e incluso con pérdida del permiso de conducir los excesos graves de velocidad o traspasar una raya continua. Es posible que en el caso concreto no exista peligro alguno para los bienes tutelados. Pero es seguro que una generalización de la conducta acabaría produciendo los resultados lesivos que se pretende evitar. Son supuestos de peligro abstracto, y la imposición de la sanción responde a la función de tutela que

corresponde al Derecho sancionador. No puede, por el contrario, admitirse un ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración que no responda a tal función.

La propuesta de BRICOLA de entender que las infracciones penales suponen lesión o puesta en peligro de intereses con relevancia constitucional, mientras que las administrativas o lesionan intereses de menor relevancia o son puramente formales sólo puede ser parcialmente aceptada y, en todo caso, ha de ser matizada. Ya hemos rechazado el carácter meramente formal de las infracciones administrativas. Por el contrario, más arriba asumimos la tesis del desaparecido autor italiano que reservaba el Derecho penal para la tutela de intereses constitucionales. Ello, sin embargo, no debe conducir al establecimiento de una diferenciación cualitativa. Significa, solamente, que la infracción penal es más grave, que queda reservada para los ataques más intolerables a los bienes más importantes. Pero en ningún caso la tesis de BRICOLA conduce a entender que pueda darse una doble sanción por unos mismos hechos. Precisamente porque los intereses tutelados tienen distinto rango es imposible que eso suceda —si bien, como es obvio, no queda excluida la tutela meramente administrativa de intereses con relevancia constitucional—, y precisamente por eso, la tesis establece una diferenciación cuantitativa.

Tampoco es admisible la concepción de la infracción administrativa, en virtud de la cual no rige para ésta el principio de culpabilidad, estableciéndose un régimen de responsabilidad puramente objetiva. El Tribunal Constitucional ha dejado claro que los principios penales son aplicables «con ciertas matizaciones» a todo el Derecho sancionador. Y entre las ciertas

matizaciones no se encuentra prescindir en absoluto de criterios de imputación subjetiva. Resulta, así, totalmente inadmisibile la imposición de sanción alguna a quien no ha infringido un deber de obligación, por ejemplo porque no pudo actuar conforme a la norma.

Es frecuente, especialmente en el seno de la doctrina administrativista considerar que, pese a la admisión de lo hasta aquí expuesto, existen ciertos ámbitos en los que la Administración actuaría en defensa de sus intereses propios (GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, NIETO GARCÍA, SUAY) ejerciendo una potestad sancionadora diferenciada, la denominada autotutela, lo que adquiere especial relevancia cuando se trata de establecer el régimen sancionador al que se someten ciertos ciudadanos, los funcionarios, demás empleados públicos e incluso personas que poseen una vinculación específica temporal con la Administración: aquí, ésta ejercitaría una potestad disciplinaria (PARADA VÁZQUEZ). Común a todas estas posiciones es el reconocimiento de la doble sanción, penal y administrativa, sin que se vulnere el principio *non bis in idem*, que precisamente lo impide. Que la Administración carece de intereses propios es algo que se desprende con meridiana claridad del artículo 103.1 de la Constitución: la Administración sirve los intereses generales y sólo eso la justifica. Cuestión diferente es que para el servicio de esos intereses necesite de ciertas prerrogativas e incluso que quepa hablar de su correcto funcionamiento como un interés general a tutelar. Eso, sin embargo, no puede impedir que la tutela de esos intereses no esté sometida al régimen general, al de la heterotutela: no hay diferencia cualitativa ni, por tanto, doble sanción: los supuestos menos graves serán contemplados por la potestad sancionadora administrativa, los más graves:

prevaricación, malversación de caudales públicos, cohecho, rebelión civil o militar, etc., por la penal propia de la jurisdicción. Por lo que se refiere a la relación especial de sujeción a la que estarían sometidas ciertas personas por su especial dependencia de la Administración: básicamente los funcionarios, aunque se ha hecho extensivo incluso a los presos respecto de la Administración penitenciaria, ¿los estudiantes de la educativa?, etc., estamos ante una pretendida institución justificadora de los más graves abusos y discriminaciones, cuyo origen y, sobre todo, su recepción resulta incompatible con el Estado de Derecho, como puso de relieve entre nosotros DE OTTO y PARDO. Es verdad que una posición de relación más estrecha con la Administración dará lugar a una fundamentación diferente del injusto de las conductas: la misma acción puede afectar a intereses distintos si es realizada por un funcionario que si la lleva a cabo un ciudadano que no lo es; también es verdad que en ocasiones existen razones de urgencia para el mantenimiento del servicio que obligan a adoptar medidas disciplinarias —que no son auténticas sanciones— para restablecerlo. Pero nada de eso conduce a admitir una doble sanción ni una doble naturaleza al injusto. Lo que pasa es que la norma penal no siempre contempla la totalidad del desvalor de esas conductas, lo que permite que la Administración sancione sin vulnerar el principio que impide contemplar dos veces el mismo hecho. Porque entonces estamos ante una única acción, pero no ante un mismo hecho, esto es, ante un mismo fundamento. El criterio es el mismo que utilizaremos más adelante para establecer cuando debe penarse una acción recurriendo a varias —curso de infracciones— o a una sola norma penal —curso de normas—. Si la norma penal contempla la totalidad del desvalor, no cabe

sanción disciplinaria, si no lo contempla, la imposición de ésta no atenta contra principio alguno: no estaremos ante un ilícito con cualidades distintas, sino ante dos fundamentaciones distintas, ante dos hechos, respecto de los que siguen rigiendo los mismos principios: la diferenciación cuantitativa.

Tal diferenciación, por cierto, no tiene una gran cobertura normativa, de manera que, en la práctica, resulta más un deseo que una realidad. Como hemos visto, el artículo 25.3 se limita a vedar cualquier tipo de sanción administrativa que directa o indirectamente implique privación de libertad. Se trata de prohibir la vieja «responsabilidad personal subsidiaria» por impago de multa administrativa, existente durante el franquismo y que suponía el ingreso en prisión de todo aquél que careciera de posibilidades de hacer frente a las muy elevadas multas que se establecían. Así pues, se establece ahora una limitación a las sanciones administrativas que permite hablar de diferenciación cuantitativa. Pero nada impide que se prevean e impongan, en vía administrativa, muy elevadas multas e incluso sanciones privativas de derechos o restrictivas de libertad de igual o mucha mayor gravedad que las que prevé el Código penal

Todo ello ha conducido a algunos autores, como OCTAVIO DE TOLEDO, recogiendo la concepción de MERKEL, a afirmar que ni tan siquiera existe diferenciación cuantitativa, sino meramente formal: es penal la infracción prevista en leyes penales, a la que se anuda una pena y cuya imposición corresponde a los tribunales penales y es administrativa la infracción y la sanción impuesta por la Administración. Por su parte, COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN se oponen a esta tesis afirmando que «el límite de las penas leves establecido en el artículo 603 del Código penal de 1944 a la potestad sancionadora de la Administración, representa una concreción material de la división de poderes establecida en la Constitución. Y, en consecuencia, las excepciones al referido límite, consignadas en dicho precepto, han de estimarse, en principio, inconstitucionales», lo que, sin embargo, no ha impedido su proliferación sin que, al menos hasta hoy, se haya pronunciado el Tribunal Cons-

titucional. Que no existe voluntad de modificar la actual situación parece demostrarlo el hecho de que el Código Penal de 1995 ni siquiera contenga un precepto similar al antiguo 603, que establecía que: «En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro —el III, de las faltas— aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales. Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes.»

11. Derecho penal material y proceso penal

Más que de relaciones entre Derecho penal material y Derecho procesal penal, hay que hablar de secciones de una misma materia: no puede concebirse una sin la otra y, sobre todo, no tendría ningún sentido que obedecieran a criterios diferentes. Mediante el proceso penal se aplica el Derecho penal material. Y de nada serviría rodear éste de exquisitas garantías limitadoras del poder punitivo del Estado si no alcanzaran a aquél. Del Derecho procesal penal emanan principios como la presunción de inocencia, la interdicción de la indefensión, el derecho a un proceso justo y sin dilaciones indebidas, el derecho al juez natural predeterminado por la ley, la irretroactividad de las norma restrictivas de derechos, el derecho a no declarar contra sí mismo, etc; todos ellos con reconocimiento constitucional.

No es éste, desgraciadamente, lugar posible para extendernos en ellos, y no lo es, porque unos planes de estudios empeñados en parchear las materias no se sabe en función de qué finalidades ni de qué intereses lo impiden. Quedan, por tanto, relegados al correspondiente Curso de Derecho procesal penal, cuya impartición corresponde en exclusiva al Área de Conocimiento Derecho procesal. Baste, de momento, con reclamar una estrecha colaboración científica. Y con hacerlo desde el convencimiento de que resulta no sólo absurdo sino sobre todo perjudicial explicar el Derecho penal ignorando los principios y las normas que rigen su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, K.: *Rechtgruterschutz und Schutz der Gessellschaft*, Frankfurt, 1972.
- COBO DEL ROSAL, M. - BOIX REIG, J.: «Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinsección social», en *Comentarios a la legislación penal Edersa*, Tm. I, Madrid, 1982.
- DWORKIN, R.: *Filosofía del Derecho*, trad. J. Sainz de los Terreros, México, 1980.
- HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa I.- Racionalidad de la acción y racionalización social; II.- Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, 1992.
- HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, 2ª. ed. trad. G. R. Carrió, México, 1980.
- HORMAZABAL MALARÉF, H.: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1991.
- KAUFMAN, ARM.: *Teoría de las normas. Lo vivo y lo muerto en la teoría de la Binding*, Buenos Aires, 1977.
- KElsen, H.: *Teoría pura del Derecho, Introducción a la problemática científica del Derecho*, 2ª. ed. México, 1979.
- KINDHÄUSER, U.: *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a. M., 1989.
- LEWISCH, P.: *Verfassung und Strafrecht*. Wien, 1993.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, 1994.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal y Estado social de Derecho*, Barcelona, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*. Jerez, 1985.

- NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, 1993.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en derecho penal*, Sevilla, 1974.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976.
- RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González Soler, Madrid, 1979.
- ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, 1963.
- ROSS, A.: *Lógica de la norma*, trad. J. Hierro Sánchez-Pescador, Madrid, 1971.
- ROXIN, C.: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad., intr. y notas de F. Muñoz Conde, Madrid, 1980.
- ROXIN, C.: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, F., Barcelona, 1972.
- VOGEL, J.: *Norm und Pflicht (bei den unechten Unterlassungsdelikten)*. Freiburg i. Br., 1992.

SEGUNDA PARTE:
EL PODER PUNITIVO.
LÍMITES
CONSTITUCIONALES

EL PODER PUNITIVO (I)

- 12. El poder punitivo del Estado. Concepto. Límites
- 13. El principio de igualdad
- 14. El principio de legalidad. Significaciones política y
- 15. Garantías concretas derivadas del principio de leg
 - 15.1. La reserva de ley orgánica
 - 15.2. Las leyes penales en blanco
 - 15.3. Otras fuentes del Derecho penal
- 16. El principio de taxatividad y la prohibición de la a
 - 16.1. El principio de taxatividad
 - 16.2. La prohibición de la analogía
- 17. La irretroactividad de la ley penal. Vigencia tempor
 - ley penal
 - 17.1. Irretroactividad y retroactividad
 - 17.2. Determinación de la ley penal más favorable
 - 17.3. Leyes intermedias, temporales y excepciona
 - 17.4. Retroactividad de la jurisprudencia constitua
 - 17.5. Leyes procesales
- 18. El principio *non bis in idem*. El concurso aparente c
 - 18.1. El principio *non bis in idem*
 - 18.2. El concurso aparente de leyes

12. El poder punitivo del Estado. Concepto. tes

En la lección primera nos referimos ya al punitivo del Estado como aquella potestad o, prefiere, conjunto de potestades que tiene el Esta

relación con la creación y aplicación del Derecho penal. Deriva esa potestad de la soberanía y se refiere tanto a la capacidad de creación de normas penales, que le es atribuida por la Constitución y reside en el poder legislativo, como a la que estas normas otorgan para su aplicación, que corresponde al poder judicial.

Puede considerarse superada la polémica en torno a la naturaleza jurídica de tal potestad que durante mucho tiempo ha sido presentada como un derecho subjetivo del Estado, correspondiente a la expresión *ius puniendi*. Hoy ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponden al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución. El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos. La aplicación de las normas penales creadas por el Parlamento corresponde a los Tribunales de Justicia. En suma, cabe hablar del poder punitivo del Estado en un doble sentido: como poder normativo, potestad de crear normas penales, que reside en las Cortes Generales a las que lo atribuye la Constitución, y poder de aplicar dichas normas que, de acuerdo con la Constitución y con el alcance previsto en las normas a aplicar, reside en los jueces y tribunales de lo penal.

La característica fundamental del poder punitivo del Estado es que emana de una Constitución propia de un Estado social y democrático de Derecho, la que, al mismo tiempo que lo otorga, limita su extensión, sometiendo a los principios que la inspiran al servicio de la

libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político —que ha de ser entendido en el sentido de ideológico—, valores superiores del Ordenamiento jurídico proclamados en el artículo primero. En diferentes momentos hemos aludido a los distintos principios limitadores del poder punitivo. El de ofensividad limita el poder normativo: el legislador democrático sólo puede crear normas penales, limitadoras, por tanto, de derechos fundamentales, para tutelar valores e intereses con rango constitucional. A ello ya me he referido y no es preciso insistir más en este momento.

13. El principio de igualdad

También el principio de igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos, y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales. El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual. Resulta fácil entender que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un reducido grupo de personas, o incluso para una sola, si sólo ellas pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los ciudadanos: funcionarios públicos, miembros del gobierno, autoridades, jueces, etc. Y, de igual modo, es necesario otorgar una tutela específica a determinadas personas en función del papel que desarrollan en la vida social: no alcanzan la misma

significación unas injurias vertidas contra un ciudadano normal que contra el Presidente del Gobierno o el Jefe del Estado. Y ello porque la necesidad de tutela de su función es diferente. Más adelante veremos como del ejercicio del cargo puede derivar también un tratamiento distinto en orden a la vigencia personal de la ley penal.

A continuación pasaremos a analizar los principios que limitan el poder punitivo del Estado entendido como potestad de aplicar las normas penales. Debe, no obstante, aclararse que el principio de legalidad, en la medida en que impide la posibilidad de crear delitos si no es por voluntad del poder legislativo, también puede ser considerado un límite al poder normativo del Estado.

14. El principio de legalidad. Significaciones política y técnica

El principio de legalidad, consustancial al Estado de Derecho, tiene su origen histórico en la Revolución Francesa y su origen ideológico en el pensamiento de la Ilustración. Vino a suponer el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, de la ley. El gobierno de los hombres, del soberano, es sustituido, por tanto, por la vigencia de la voluntad general. Se pretende, en un primer momento, que la ley, expresión de la voluntad general a través de la Asamblea Nacional, sea la única fuente del Derecho. Muy pronto puede comprobarse como ello no es posible: la complejidad de la vida resulta muy superior a las posibilidades reales de la Asamblea Nacional. El mono-

polio de la ley será sustituido por la primacía de la ley, expresión de la supremacía del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado. En el esquema de división de poderes, clásico en Montesquieu, el poder legislativo es el superpoder: el primer poder del Estado, el que ostenta la representación de los ciudadanos. Ni el poder ejecutivo puede tomar decisión alguna que vaya en contra de la voluntad general, ni el poder judicial aplicar más Derecho que el que emana de esa voluntad general.

Pero algunas zonas del ordenamiento, por su especial importancia, van a quedar sometidas a una reserva de ley. La reserva de ley significa que sólo mediante una declaración del legislativo es posible regular determinadas materias. Supone la existencia de ámbitos que sólo pueden ser regulados por ley. Entre ellos, se encuentra tradicionalmente el Derecho penal. Suele distinguirse entre diferentes clases de reserva: así, se habla de la reserva absoluta; entendiéndose por tal la que no permite ningún proceso de deslegalización; esto es, que sólo el poder legislativo ha de regular toda la materia. Frente a ella, la reserva relativa de ley admitiría que el poder legislativo, mediante un acto de voluntad, delegara en instancias inferiores, y especialmente en el ejecutivo, la regulación. La reserva general de ley afecta a toda una materia mientras que la especial queda limitada a aspectos concretos de la misma. Por último, se habla de una reserva sustancial de ley cuando ésta viene determinada por una norma de rango superior; necesariamente la Constitución, frente a la reserva formal de ley que se produce cuando el legislativo regula toda una materia sin dejar espacio para que instancias inferiores la completen. Se afirma que la reserva de ley en materia penal ha de ser absoluta, sustancial y general. Pero sobre ello volveremos más adelante.

La significación técnica del principio de legalidad, expresado en la reserva de ley penal, fue enunciada por FEUERBACH con el aforismo latino *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*; si bien hoy suele formularse como *nulum crimen sine lege*. La expresión por Feuerbach del referido principio tiene su origen en lo que pudiéramos denominar una necesidad conceptual derivada de la función de la pena que, como recordaremos, para este autor venía constituida por la teoría de la coacción psicológica: se trata de amenazar a los ciudadanos con la aplicación de una pena para que se abstengan de cometer el delito; teoría, por cierto, bien cercana a la actualmente dominante de la motivación. Pues bien, para que tal función pueda llevarse a cabo, es necesario que los ciudadanos conozcan el alcance de la amenaza penal y sobre todo sepan cuál es el ámbito de las conductas prohibidas. De esta manera, resulta necesaria la existencia previa de la delimitación de las conductas prohibidas así como de las amenazas penales que su verificación ha de comportar.

Hoy, sin embargo, el principio de legalidad, tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, y se traduce en los cuatro principios anteriormente enunciados: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. En suma, el principio de legalidad continua ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros

poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas. Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (*lex scripta*), la prohibición de analogía (*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in idem*, en virtud del cual no pueden ser castigados unos mismos hechos más de una vez. El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el «eje diamantino de todo Derecho penal un tanto evolucionado»; sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio *non bis in idem*, puede considerarse el Derecho penal ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho. Veamos, a continuación, cómo se recogen dichas garantías en el Derecho español.

15. Garantías concretas derivadas del principio de legalidad

15.1. La reserva de ley orgánica

La Constitución Española de 1978 se refiere en varias ocasiones al principio de legalidad: así, el artículo 9.3 afirma que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públi-

cos. Este precepto alude, pues, al principio, y a una de sus garantías concretas: la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, pero no aclara ni su extensión ni su alcance. Más bien parece que nos encontramos ante una declaración de intenciones donde se afirma el principio de legalidad general entendido como la sumisión de los poderes del Estado a la norma, al gobierno de las normas, a la voluntad general. Pero no puede esta afirmación considerarse suficiente para satisfacer las exigencias de la reserva de ley en materia penal. El Tribunal Constitucional ha reconocido tales exigencias en virtud de la declaración del artículo 25.1: **nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.**

Dos son los problemas que puede plantear la redacción contenida en el artículo 25.1. En primer lugar, el constituyente incluyó, sin duda con el deseo de ofrecer el máximo nivel de garantías, las infracciones administrativas entre las sometidas al principio de legalidad. En segundo lugar, se emplea la expresión «legislación vigente» que, cuanto menos, resulta ambigua, pues por legislación puede entenderse la ley en sentido estricto o cualquier norma que la desarrolle. Debemos recordar en este sentido que las exigencias de la reserva de ley en materia penal eran que ésta fuera absoluta, general y sustancial. Si ha de ser sustancial, es preciso que la Constitución se refiera expresamente a ella; si ha de ser absoluta, que no admita deslegalización. Resulta difícil considerar que el ámbito de aplicación del artículo 25.1 de la Constitución incluyendo el término legislación y refiriéndose a las infracciones administrativas pueda contener, por sí solo, una reserva de ley

absoluta. El artículo 25, sin embargo, que se encuentra entre los derechos fundamentales de la persona, que pueden ser sometidos a recurso de amparo, sí proporciona la suficiente cobertura constitucional inicial para ser reconocido como contenedor de la reserva de ley en materia penal. Será necesario, sin embargo, buscar un desarrollo de tal precepto.

En el artículo 25.1, el Tribunal Constitucional ha reconocido en múltiples sentencias, hasta el punto de poder ser considerada doctrina perfectamente consolidada, la reserva de ley en materia penal. Y la ha reconocido en un doble sentido: material, como exigencia de taxatividad, a la que luego nos referiremos —baste, de momento, con afirmar que la ley ha de contener el núcleo esencial de la infracción así como sus consecuencias jurídicas—, y formal, en el sentido de que el rango que ha de tener es el de ley. Del artículo 25.1, sin embargo, y por sí solo, no es posible deducir la reserva de ley y considerarla absoluta.

De cualquier forma, la polémica en torno a si la reserva de ley ha de ser o no absoluta, en contraposición a la relativa, se produce desde el momento en que un sector doctrinal entiende que es una división superada. Afirmaba DE OTTO y PARDO que no es posible referirse a una reserva de ley absoluta y a una reserva de ley relativa, pues esta última no sería propiamente una reserva de ley ya que, si se permite la deslegalización, la materia quedaría absolutamente equiparada en la práctica con cualquier otra respecto de la que no rigiera tal reserva. Insistía DE OTTO en que toda reserva de ley para ser considerada como tal ha de ser absoluta; lo que ocurre es que no toda regulación queda sometida a la reserva, sino tan sólo la definición del núcleo esencial de la infracción así como sus consecuencias jurídicas. Es, como luego tendremos ocasión de ver, el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas lo que constituye la materia sometida a reserva de ley; no así la regulación de aspectos inesenciales

de los mismos que en nada afectarían al propio derecho. Es cierto que la realidad impone la necesidad del recurso a normas de rango inferior a la ley para contemplar la totalidad del desarrollo de los derechos fundamentales. Ahora bien, debe insistirse en que la reserva de ley queda satisfecha con que sea la voluntad del legislador la que determine el núcleo de la conducta prohibida, así como sus consecuencias jurídicas.

En todo caso, hemos de insistir en que el artículo 25 no satisface por sí solo la reserva de ley. El ambiguo término «legislación» permitiría considerar satisfechas las exigencias derivadas del precepto con el simple sometimiento a una norma de inferior rango a la ley anterior a la realización del hecho; al menos, no quedan satisfechas las exigencias de taxatividad a las que se ha referido el Tribunal Constitucional.

Otros dos preceptos constitucionales, al menos, se refieren a la reserva de ley en materia penal. Así, el artículo 53.1 afirma que **los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)**, referencia esta última a la tutela por el Tribunal Constitucional a través del correspondiente recurso de amparo.

Pero tampoco el artículo 53 completa las necesidades de la reserva de ley en su sentido absoluto. Es cierto que se contiene una referencia expresa a la ley, que aquí sí ha de ser entendida en sentido estricto, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de los derechos. Pero también es cierto que la referencia se realiza a la regulación del ejercicio de todos los dere-

chos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, entre los que, por ejemplo, se encuentra la propiedad, la libertad religiosa, y muchos otros. Es inviable considerar que la regulación concreta del ejercicio, es decir, no sólo las referencias generales, sino las regulaciones específicas del ejercicio individualizado de todos esos derechos pueda realizarse por ley; más bien, parece que estemos ante una reserva relativa de ley en la que, tras contenerse en ésta toda referencia genérica al derecho, se remita la regulación de su ejercicio a normas de rango inferior. Nos encontramos ante unas dificultades análogas a las que veíamos para la existencia del monopolio de la ley. Si sometemos a la reserva absoluta de ley una cantidad tal de materia que no pueda ser abarcada por la Asamblea Legislativa, en este caso, por las Cortes Generales, estaremos conduciendo el sistema al fracaso. Parece, pues, que el artículo 53, considerado como desarrollo del 25.1, se refiere al mantenimiento de una reserva relativa de ley para todos los supuestos que se encuentran bajo su cobertura y no se hallen bajo la de otros preceptos que establezcan reservas más rigurosas.

Tales preceptos parecen ser los artículos 81 y siguientes de la Constitución. En el Título III, De las Cortes Generales, Capítulo segundo, De la elaboración de las leyes, se contempla el artículo 81 con el siguiente tenor: **1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.** Dos son las diferencias fundamentales

que existen entre el texto del artículo 53 y el del 81: en primer lugar, el ámbito de los derechos a los que se refiere es más reducido, pues los derechos fundamentales y las libertades públicas constituyen tan sólo el contenido de la Sección I del Capítulo segundo del Título I de la Constitución, mientras que la referencia a los derechos y libertades lo es a todo el capítulo: el ámbito es, pues, mucho más reducido. Por otra parte, el artículo 81 no se refiere a la regulación del ejercicio sino al desarrollo de los derechos, lo que ha de entenderse forzosamente con carácter general. Por *desarrollo* debe entenderse cualquier tipo de regulación general de los derechos, lo que, partiendo de su reconocimiento genérico por la Constitución, nos ha de conducir a la consideración de las normas que impongan límites a los mismos derivados de su necesaria convivencia con el resto de los derechos fundamentales. Veíamos más arriba cómo esa era precisamente la función del Derecho Penal: limitar la libertad de los ciudadanos para asegurar su propia libertad. Como consecuencia de la existencia de una norma penal que define un delito y prevé una consecuencia jurídica para la realización del mismo se ven limitados forzosamente derechos fundamentales: en todo caso el honor y la libertad, así como, por ejemplo, también el derecho de asociación o de reunión, puesto que son consideradas delictivas y por consiguiente no reconocidas constitucionalmente cualquier tipo de reunión o asociación dirigida a la comisión de un delito. La definición, pues, de cualquier delito afecta necesariamente al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas. De ahí que la doctrina mayoritaria entienda que cualquier tipificación de un delito y cualquier previsión de una pena constituye un desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas y está, pues, sometida a la reserva de ley

orgánica que establece el artículo 81. El Tribunal Constitucional ha reconocido sólo parcialmente esta tesis, que en su momento defendieron COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, y a la que se ha ido sumando la mayor parte de la doctrina penal española. El Tribunal, sin embargo, ha distinguido entre aquellos preceptos penales que prevén penas privativas de libertad y aquellos otros que tan sólo prevén penas pecuniarias o de otro tipo, en las que, según se afirma, no se afecta a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, puesto que el derecho de propiedad no lo es. Al margen de lo discutible que resulta que la previsión de una pena de multa no afecte a derechos fundamentales, cuando en nuestro ordenamiento existe el arresto sustitutorio por impago de multa que puede terminar con el sujeto privado de libertad, es lo cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional tampoco resulta del todo satisfactoria al contemplar tan sólo la consecuencia jurídica y no el presupuesto de la misma. Es la tipificación de una conducta lo que necesariamente ha de ser entendido como una reducción del principio general de libertad, como la prohibición de realizar una actividad a la que, en principio, se tenía derecho, y que por consiguiente, afecta de una manera directa a los derechos fundamentales de la persona. Todo tipo penal supone, pues, una coerción, una limitación de la libertad, y, a mi juicio, debería ser contemplada por la reserva de ley orgánica del artículo 81. En cualquier caso, para el Tribunal, el artículo 81 afectaría a todos aquellos preceptos que prevén como consecuencia jurídica una privación de libertad o cualquier medida que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas, quedando sometido a una reserva de ley orgánica, mientras que el 53.1 vendría a colmar las exigencias de reserva de ley del resto de las materias, si bien se trataría de una reserva de ley ordinaria.

Que la reserva del artículo 81 es necesariamente absoluta lo demuestra el régimen de delegación legislativa que prevén los artículos 82 y siguientes. En primer lugar, la exigencia de una mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto parece obligar a que toda la materia quede sometida a esa mayoría cualificada. Coherentemente, el artículo 75.3, que prevé la posibilidad de que las Cámaras deleguen la aprobación de proyectos o proposiciones de ley en las Comisiones Legislativas Plenas, exceptúa las leyes orgánicas. Por otra parte, el artículo 82 prevé las posibilidades de delegación en el Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de ley, y en ellas quedan excluidas las materias que son objeto de reserva de ley orgánica contempladas en el artículo 81: no cabe, por tanto, delegación legislativa alguna. Tampoco los decretos-leyes pueden afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, según reza el artículo 86.1: tampoco, pues, la materia reservada a la ley orgánica puede ser objeto de un decreto-ley. Parece claro que si esta materia no puede ser objeto de delegación a través de la ley aprobada por Comisión Legislativa Permanente, del decreto legislativo ni del decreto-ley, con mucha mayor razón hemos de entender que no puede ser delegada a normas de rango inferior. De ahí que se considere que la reserva de ley orgánica contemplada en el artículo 81 de la Constitución es necesariamente absoluta.

De esta forma podemos decir que sí existe una reserva sustancial, general y absoluta de ley orgánica en materia penal, si bien siempre puede quedar abierta la discusión en torno a aquellos delitos en los que como consecuencia de su verificación no se prevean penas privativas de libertad.

El Tribunal Constitucional parece, sin embargo, admitir la constitucionalidad de la ley ordinaria cuando la pena prevista no es privativa de libertad. Así, la STC 66/1989. Lo que el Tribunal no ha hecho —y, ciertamente, debería haber hecho—, es valorar la significación de la tipificación

de una conducta como «desarrollo» de derechos fundamentales.

El nuevo Código Penal, por otra parte y en su artículo 33.5 califica la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, de pena, menor grave o leve, según la que corresponda a la que sustituya. Ello puede permitir al Tribunal una revisión de la tesis, a mi juicio errónea, que viene manteniendo.

La interpretación del Tribunal Constitucional, por otra parte, parece superar un aparente defecto grave de nuestra Constitución: al contener una referencia a las consecuencias jurídicas, y entender que tales son también desarrollo de los derechos fundamentales parece dar inclusión al principio de legalidad de las penas que, a decir de GARCÍA ARÁN, no se encuentra recogido en nuestra Constitución. La imposición de una pena, incluso su previsión con carácter general, al menos si ésta es privativa de libertad, constituye el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas; por ello puede afirmarse que el artículo 81 colma también las exigencias del principio de legalidad de las penas. Por su parte, los artículos 24 y 117.3 de la Constitución aseguran el principio de legalidad procesal: así, el 24.1 reconoce la interdicción de indefensión, mientras que el 24.2 afirma el derecho de todos al juez ordinario predeterminado por la ley, así como a otras garantías del proceso a las que más adelante nos referiremos, mientras que el 117.3 proclama la función jurisdiccional. Reconocen COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN que tampoco con estos artículos se manifiesta, de manera expresa, que sólo los jueces y tribunales ordinarios predeterminados por la ley puedan declarar delitos e imponer penas, si bien tal conclusión puede extraerse mediante una interpretación

teleológica y sistemática de los preceptos aludidos. Y, con los citados autores, deben expresarse enérgicamente las insuficiencias, al menos formales, de nuestra Constitución. Habría sido mucho mejor un reconocimiento expreso de la reserva de ley en materia penal referida tanto a los delitos como a las consecuencias jurídicas así como a la garantía jurisdiccional. Lo que ya no reconoce nuestra Constitución es la garantía en la ejecución de la pena; reconocimiento que, por otra parte y como inmediatamente veremos, resulta también muy relativo en el ordenamiento jurídico ordinario.

El principio de legalidad criminal, contenido en los artículos 25.1, 53.1 y 81.1 de la Constitución, es desarrollado y proclamado en el artículo 1.1 del Código Penal cuando afirma que **no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración**, y por el 10 que proclama que **son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley**; mientras que el 2 reconoce el principio de legalidad de las penas al afirmar que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Más adelante nos hemos de referir al principio general de irretroactividad de la ley penal como consecuencia del principio de legalidad; de momento y para señalar tan sólo la reserva de ley afirmaremos que la garantía jurisdiccional está establecida por el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando afirma que **no se impondrá pena alguna como consecuencia de actos punibles cuya represión incumbe a la jurisdicción ordinaria sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente** y por el 3.1 del Código Penal que dispone que **no**

podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. Por su parte, el principio de legalidad en la ejecución parece relativamente recogido por el artículo 3.2 del Código Penal cuando afirma que **tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.** El principio de legalidad en la ejecución de las penas, pues, no es tal reserva de ley, sino una reserva de reglamento. De hecho el reglamento penitenciario desarrolla ampliamente la Ley Orgánica General Penitenciaria, aun cuando ésta regule de manera premiosa casi toda la materia objeto de su ámbito.

15.2. Las leyes penales en blanco

Ya hemos señalado las dificultades existentes para que la ley orgánica, o aun la ordinaria, agote la definición de la conducta que va a ser delictiva. También, más arriba, nos referimos al problema técnico en virtud del cual una norma podía estar contenida en varias leyes, una vez que la ley penal se remitiera a otras normas para su complemento. Así, el artículo 520 del viejo Código Penal afirmaba que **el quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor.** Había, pues, una remisión del Código Penal al de Comercio. Para un sector doctrinal, así, para MUÑOZ CONDE, el artículo 520 del Código Penal sería una ley penal en blanco, lo que podría hacerse extensivo al

vigente artículo 260.1 que sigue refiriéndose al declarado en quiebra, concurso o suspensión e pagos; con lo que en realidad, continúa existiendo una remisión, ahora implícita, al Código de Comercio. Debe, en este punto, tenerse muy claro que mientras que las leyes penales que se remiten a otras leyes de igual rango no constituyen un problema de técnica legislativa, cuando la remisión se realiza a una norma de rango inferior o incluso a la valoración judicial, estamos ante un auténtico problema de legalidad. A mi juicio, debe quedar para estos últimos supuestos reservada la denominación de leyes penales en blanco. En ellas se produce no una delegación del legislativo al propio legislativo, sino al ejecutivo o al judicial; es aquí, pues, donde quiebra el principio de reserva de ley entendido como reserva de la voluntad del poder legislativo, de la voluntad general.

No pueden, sin embargo, desconocerse las dificultades, por no decir la imposibilidad, que existen para que el Código Penal, esto es, la ley, prevea la totalidad de la materia que queda prohibida a través de los tipos penales. De nuevo, aquí, parecen obtener toda su trascendencia las afirmaciones que más arriba vimos que realizaba DE OTTO y PARDO, en el sentido de entender que para la reserva de ley debe quedar tan sólo aquello que verdaderamente afecta al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; esto es, el núcleo esencial de la conducta, así como la previsión de su consecuencia jurídica. La regulación, por norma inferior a la ley, de cuestiones de detalle, que bien pueden afectar, sin duda, a la delimitación de la conducta prohibida, pero que no constituyen aspectos esenciales de la misma, no puede ser considerado como una quiebra del principio de legalidad; en muchas ocasiones, incluso supone garantizar una mayor

concreción de la conducta prohibida que, de no existir la norma de rango inferior, quedaría mucho más abierta. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 325 del Código Penal, que afirma que **«será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior»**. Más adelante nos referiremos al significado de la expresión **«puedan perjudicar gravemente**. Fijémonos, ahora, tan sólo en la exigencia de contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general. No sería lógico considerar contrario al principio de legalidad estos preceptos por cuanto se remiten a normas de rango inferior, siendo así que podrían ser perfectamente ajustados aquellos preceptos que de igual forma simplemente silenciaran la necesidad de contravenir dichas leyes o disposiciones generales: si consideráramos delictiva la conducta de provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase sin ninguna referencia a la contravención de leyes o reglamentos, el precepto no sería contrario al principio de legalidad. Cuando, por tanto, la alusión a las normas de rango inferior sea para

restringir el ámbito de lo prohibido no puede considerarse que sean contrarias al principio de legalidad ni a la reserva de ley que, no lo olvidemos, constituye una garantía del ciudadano frente al Estado, y no una mera técnica legislativa o una mera cuestión formal de fuentes del ordenamiento. Pero, incluso, cuando se realiza dicha remisión a normas de rango inferior, pueden verse satisfechas las exigencias del principio de legalidad si, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, ello no afecta al núcleo esencial de la conducta. La técnica de las leyes penales en blanco puede ser indeseable, pero no puede ignorarse que es absolutamente necesaria en nuestros días. La amplitud de la regulación jurídica que se contiene sobre las más diversas materias, sobre las que puede y debe pronunciarse el Derecho penal, imposibilita mantener el grado de exigencia de legalidad que se podía contemplar en el siglo pasado o incluso a principios del presente. Hoy, cabe decir que desgraciada pero necesariamente, hemos de conformarnos con que la ley contemple el núcleo esencial de la conducta; con que, en definitiva, sea la ley, la voluntad general, la que disponga qué conductas están permitidas y qué conductas están prohibidas; las cuestiones de detalle, han de quedar para normas de rango inferior. Y también cabe establecer una gradación dentro de la técnica de las leyes penales en blanco. Podemos afirmar que es preferible una remisión a norma de rango inferior que a una valoración judicial sin ninguna pauta normativa. En todo caso, y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, cabe exigir del poder legislativo el mayor esfuerzo posible para contemplar lo más que pueda la completa definición de la conducta delictiva, y, en todo caso, de la consecuencia jurídica anudada a su realización, lo que, por desgracia, está muy lejos de satisfacerse: así,

porque esta última comunidad no tiene una norma similar a la que ha sido violada. Se ha planteado en la doctrina si, además de un problema de legalidad, podemos estar ante uno de desigualdad o de igualdad: una contravención al principio de igualdad, puesto que una misma conducta puede ser delictiva en una zona, en una comunidad estatal y no en otra. A mi juicio, la cuestión no puede ser resuelta tan fácilmente. El hecho de que una misma conducta pueda ser delictiva en un lugar y no serlo en otro no es sino una clara consecuencia del sistema de fuentes normativas compartidas que contempla la Constitución Española de 1978. Y es, obviamente, cuestión de cada comunidad autónoma determinar el ámbito de sus infracciones administrativas en materia de su competencia; las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas son, porque para ello les atribuye competencia la Constitución, las únicas que pueden determinar el ámbito de tutela de sus propios intereses en la materia y qué conductas son lícitas o ilícitas. A partir de ahí, la intervención del Derecho penal estatal se limita a reforzar aquella tutela. La distinta necesidad de protección de las aguas, por ejemplo, en el País Valenciano o en Extremadura, determinará, obviamente, un distinto ámbito de aplicación del delito contra el medio ambiente. No es contrario al principio de igualdad, sino su más absoluta afirmación, contemplar la distinta significación de las conductas iguales en distintas zonas del territorio: tratar de manera desigual a lo que tiene significación distinta.

15.3. Otras fuentes del Derecho penal

Lo hasta aquí expuesto permite plantearnos, partiendo de la existencia de una reserva de ley en materia

de definición de delitos y previsión de penas, qué papel desempeñan otras posibles fuentes normativas del Derecho penal. Es preciso, en primer lugar, referirse al efecto derogatorio que poseen las sentencias del Tribunal Constitucional. Si bien, ordinariamente, las leyes sólo son derogadas por leyes posteriores, una sentencia del Tribunal Constitucional que declare contraria a la Norma Fundamental una ley tiene la inmediata consecuencia de la derogación de ésta, con plenos efectos frente a todos, como señala el artículo 164 de la Constitución. El Tribunal tiene, por tanto, lo que podríamos denominar un poder legislativo negativo; en el sentido de que puede declarar la no vigencia de una norma penal. Lo que el Tribunal, en ningún caso, puede hacer es, mediante una interpretación, restringir el ámbito de la conducta permitida, sustituyendo una norma penal, o, simplemente reconduciendo su interpretación a un supuesto distinto del expresamente previsto por el legislador. En definitiva, no puede crear Derecho, sólo derogarlo. De ahí, que, en realidad, no quepa reconocer a las sentencias del Tribunal ningún valor como fuentes creadoras de Derecho, sino tan sólo como fuente negativa, con capacidad de derogar lo que es contrario a la Constitución, lo que, en definitiva, nunca fue Derecho adecuado a la misma. Cualquier pretensión de reconocer en el Tribunal un efecto diferente está abocado al fracaso.

Es, en principio, concebible la utilización del tratado internacional para la creación de delitos y penas. Al margen, ahora, de la cuestión del rango que pudieran tener los tratados internacionales, es de destacar que sólo mediante un acto de autorización de las Cortes Generales con mayoría absoluta, al menos del Congreso de los Diputados, es posible la celebración de tales

tratados; de ahí que no planteen ningún problema desde el punto de vista de la reserva de ley. Como afirman COBO y VIVES, los tratados no pueden invadir el ámbito de la reserva de ley orgánica sino en virtud de una ley de autorización para obligarse, sometida a requisitos especiales. No existe, por tanto, problema. Por otra parte, y aun cuando sea, como hemos dicho, posible, lo normal es que los tratados no establezcan directamente el delito y la pena a aplicar, sino que contengan obligaciones para los Estados o, en todo caso, integren las leyes internas.

Especial importancia, en este ámbito, tiene la normativa comunitaria, cuya prevalencia sobre el ordenamiento interno es aún más clara. Como ha puesto de relieve prácticamente la totalidad de la doctrina, en la que cabe destacar a GIOVANNI GRASSO, no existe un auténtico Derecho penal comunitario. Pero sí cabe reconocer la existencia de intereses comunitarios que deben ser objeto de tutela, lo que no afecta al problema que aquí estamos analizando. Mayor importancia parece tener la influencia directa o indirecta que la normativa comunitaria pueda tener sobre todo el Derecho penal. En Parte general, como señalan FIANDACA y MUSCO, el fenómeno está todavía en estado embrionario. En todo caso, la normativa comunitaria, como señalan estos autores, integra las causas de justificación: así, el ejercicio de un derecho reconocido en la normativa comunitaria puede dar lugar a la aplicación del número 7 del artículo 20 del Código Penal.

Mucha mayor importancia tiene la normativa comunitaria por lo que respecta a la Parte especial. Aquí, puede afirmarse que los reglamentos y directivas procedentes de la Unión Europea tienen aplicación preferente sobre el Derecho interno, no sólo para integrar

diferentes preceptos penales, especialmente en materia de Derecho penal económico, sino incluso para anular la vigencia de determinados preceptos que puedan contradecir el Derecho comunitario: pensemos en la normativa de control de cambios o de contrabando, o en toda aquella que establezca cualquier tipo de discriminación entre ciudadanos de la Unión Europea. La aplicación del Derecho comunitario ha de considerarse, en estos puntos, indiscutible.

Similar papel integrador puede tener la costumbre. Suele distinguirse entre tres tipos de la misma: la costumbre *contra legem*, *secundum legem*, y *praeter legem*. La primera, al ser directamente contraria a la ley, carece de todo valor; la segunda, al completar la ley, no tiene mayor valor que ésta; la tercera, la que va más allá de la ley, es la que puede ofrecer mayor interés. En este sentido, debe afirmarse que la costumbre *praeter legem* no debe utilizarse para incrementar el ámbito de la conducta prohibida, para extender el significado de los tipos más allá de su contenido. Más adelante veremos cómo puede ostentar un cierto papel en la interpretación de los preceptos penales, pero nunca en su extensión. Por el contrario, la costumbre *praeter legem* puede servir para integrar negativamente los tipos; esto es, para reducir el ámbito de su extensión y, finalmente, integra la causa de justificación del número 7 del artículo 20 del Código Penal: el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cuando éste esté reconocido en la costumbre.

Poca trascendencia cabe otorgar a los principios generales del Derecho. En cuanto sean principios emanados de la Constitución son fuente directísima del ordenamiento jurídico penal y limitadores del poder punitivo del Estado. Pero si por principios generales hemos de entender otros no emanados de la Constitución, sino del

resto del ordenamiento jurídico, o son concreciones de la ley y en ese caso, son ley, o, por el contrario, no lo son, y en ese caso no pueden tener aplicación como fuente directa del Derecho penal, aunque sin duda cumplan una función a efectos interpretativos.

A diferencia de lo que sucede en materia civil, no existe en nuestro ordenamiento procesal penal recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial. Ello otorga una muy relativa función como fuente del Derecho a la jurisprudencia. Por supuesto, lo aquí afirmado debe entenderse en sentido formal: no hay obligación alguna para los jueces de interpretar conforme a los dictados de su tribunal superior; sus sentencias no serían, si no lo hicieran, nulas. Pero, obviamente, en la práctica la cuestión es diferente: el recurso de casación, por cierto gravemente restringido en nuestro ordenamiento actual, es un claro instrumento de unificación doctrinal: la jurisprudencia, pues, se atiene, lógicamente, a los dictados de los tribunales superiores y, especialmente, a los del Tribunal Supremo. En ese sentido, desconocer que la jurisprudencia es una fuente del Derecho penal, a efectos interpretativos, es tan absurdo como pretender que no existan criterios uniformes de interpretación del Derecho penal. Y, además, conduciría a la injusticia como patrón.

16. El principio de taxatividad y la prohibición de la analogía

16.1. El principio de taxatividad

El principio de legalidad no debe limitarse a la reserva formal de ley. En sentido material, es necesario

que la voluntad del legislativo sea de tal naturaleza que permita al ciudadano conocer con un grado máximo de certeza el ámbito y alcance aplicativo de las normas penales. De nada serviría cumplir formalmente con el principio de legalidad, con la reserva de ley, si los preceptos penales se limitaran a afirmar que comete delito el que lleve a cabo cualquier conducta que atente a las buenas costumbres o al sano sentimiento popular. El principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho penal. Y en ese sentido, debe denunciarse la proliferación del uso de términos no claros para el ciudadano, de términos técnicos, de elementos normativos, que remiten a valoraciones distintas de la voluntad del legislador, al abuso de la ley penal en blanco, cuya necesidad ha sido ya puesta de relieve, pero frente a cuya utilización excesiva es necesario no levantar la guardia. El principio de legalidad, pues, puede verse materialmente vulnerado por la utilización de técnicas formalmente respetuosas con la reserva de ley pero que materialmente vengan a suponer un quebranto claro de su espíritu y voluntad. El legislador debe utilizar conceptos claros y precisos, realizar, como ya vimos que exigía el Tribunal Constitucional, el mayor esfuerzo posible de concreción. Que en ocasiones necesite utilizar conceptos vagos y genéricos es indiscutible, que debe evitar su abuso, también. Los denominados conceptos jurídicos indeterminados o pendientes de valoración pueden perfectamente hacer caer la bondad de toda una legislación si, mediante ellos, no se consigue establecer con claridad cuál es el alcance y contenido de las definiciones penales.

16.2. La prohibición de la analogía

Otra consecuencia del principio de legalidad es la prohibición de la analogía. La analogía consiste en la aplicación de una ley a un supuesto no previsto en ella pero de similares características a otro que sí pertenece a su ámbito de aplicación. La similitud de características debe ser axiológica: se trata, por tanto, de una aplicación de la ley más allá de su ámbito de extensión, a un supuesto no previsto en ella pero axiológicamente similar a uno que sí lo está. Estamos ante una doble operación lógica: se obtiene una regla general de los supuestos previstos en la ley, y se desciende luego de lo general a lo individual al supuesto no previsto en ella. Según se trate de la aplicación analógica de la ley o de la aplicación analógica de los principios generales del Derecho estaríamos ante una *analogia legis* o ante una *analogia iuris*. Como, obviamente, a quién corresponde la aplicación de las leyes es a los tribunales de justicia, la analogía constituye una clara invasión de la voluntad del poder judicial en la del legislativo y, en ese sentido, una absoluta vulneración del principio de legalidad.

Afirmado lo anterior, conviene realizar algunas matizaciones. Suele distinguirse entre aquella analogía cuya aplicación se realiza en perjuicio del reo (*in malam partem*) de aquella que se realiza en su favor (*in bonam partem*). En realidad, tan sólo la primera afecta a los derechos fundamentales del ciudadano; es más, sólo la primera es genuinamente penal, en la medida en que supone restricción de derechos. Es, por ello, unánime la doctrina en rechazar la analogía *in malam partem* como una gravísima vulneración del principio de legalidad y de seguridad jurídica. Doctrina y jurisprudencia no se muestran tan unánimes a la hora de otorgar una

relevancia o no a la analogía *in bonam partem*. En principio, parece que nada debería oponerse a su aplicación si hemos de considerar el principio de legalidad como una garantía del ciudadano frente al Estado. Pero no es menos cierto que la aplicación analógica de las reglas que puedan favorecer al reo, pero que no están expresamente previstas —que en realidad parecen limitarse a los supuestos de exención de responsabilidad criminal, pues, como más adelante veremos, existe una habilitación legal para la aplicación analógica de las circunstancias atenuantes— altera sustancialmente el campo de juego de las voluntades del legislativo y del judicial y supone una abrogación judicial de la ley que no puede admitirse en un Estado de Derecho. Además, y por lo que al Derecho penal español se refiere, hemos de resaltar la existencia del artículo 4 del Código Penal que, tras declarar en su punto 1 que **las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas**, añade en los párrafos siguientes. **2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo o cuando la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. 4. Si mediara petición de**

indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, en tanto no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria. Ese es el camino a seguir por más que no resulte inteligible, o al menos pertinente, la referencia al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; los tribunales no pueden dejar de aplicar una norma penal como consecuencia de la aplicación analógica de una eximente inexistente. Ni siquiera la aplicación del criticable y criticado, sobre todo por los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, artículo 4.1 del Código Civil en virtud del cual **procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.** Los aludidos autores ponen de manifiesto que resulta contradictorio hablar de aplicación analógica de la ley cuando haciendo simplemente se está aplicando un supuesto no previsto en ella. La analogía supone una creación judicial del Derecho que sólo puede ser admitida en aquellas parcelas en las que no exista reserva de ley pero no, desde luego, en aquéllas en las que sí exista.

Suele también diferenciarse entre analogía e interpretación analógica. La mal llamada interpretación analógica no es sino la aplicación extensiva, o, si se prefiere, incluso analógica de la ley, en virtud de una cláusula de cobertura contenida en la propia norma. Los problemas reseñados para la admisión de la analo-

gía *in bonam partem* desaparecen cuando exista una cláusula de apoderamiento. En estos casos, es el propio legislador el que decide ampliar el ámbito de extensión de la ley a supuestos no expresamente previstos por él, consciente, las más de las veces, de las limitaciones de todo ser humano para prever las posibles circunstancias de la vida. El número 6 del artículo 21 del Código Penal es el ejemplo más claro: se prevé ahí una atenuante de análoga significación a las anteriores: debe aplicarse a aquellos supuestos en los que se dan circunstancias de análoga significación a aquellas que sí han sido expresamente previstas en la ley. Aquí ya no existe inconveniente alguno: es el propio legislador el que ha delegado su función. Y como lo ha hecho sin merma alguna de las garantías del ciudadano, puede afirmarse que su postura es perfectamente adecuada a las exigencias del principio de legalidad. Diferente es la cuestión cuando se trata de cláusulas de permisión de la analogía *in malam partem*, porque aquí, sí se quiebra claramente el principio de seguridad jurídica, el de certeza, y, por consiguiente, el derecho de los ciudadanos a saber de antemano cuando las conductas van o no a estar prohibidas. La interpretación analógica *in malam partem* ha de ser, por tanto, rechazada. Por otra parte, esta técnica permitiría vulnerar las exigencias del principio de legalidad, con la apariencia del respeto al Estado de Derecho: bastaría con una norma general de autorización a la aplicación analógica para que el Derecho penal permaneciera completamente abierto y la inseguridad jurídica dominara absolutamente.

Suele ponerse como ejemplo de lo que hasta aquí se viene diciendo la Ley de 28 de junio de 1935 que modificó el Código Penal del Tercer Reich y que **declaraba delictiva cualquier conducta que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano**

sentimiento popular, añadiendo que si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho será castigado éste conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él (el ejemplo puede verse en COBO-VIVES). La interpretación analógica *in malam partem*, en contra del reo, es una simple burla del principio de legalidad y no puede ser admitida de ninguna manera.

La anterior aseveración es absoluta. Lo que ocurre es que en ocasiones se habla de interpretación analógica allí donde ésta no existe. Más arriba tuvimos ocasión de afirmar que no es contraria al principio de legalidad la técnica de emplear ejemplos por parte del legislador o de remitirse a leyes y reglamentos cuando tal remisión no supone, en realidad, ninguna limitación del ámbito de la voluntad del legislativo, sino una garantía más. Lo propio ocurre cuando el legislador adopta el criterio de exponer una serie de conceptos para terminar añadiendo **y cualquier otro de análoga significación a los anteriores**. Estaremos ante una interpretación analógica, prohibida, allí donde el intérprete tenga que realizar operaciones axiológicas, valorativas; no lo estaremos, allí donde tan sólo realice operaciones lógicas o, allí donde los conceptos no sean sino ejemplos de una definición anterior genérica contenida en la propia ley. Así, por ejemplo, el artículo 265 del Código Penal castiga a **«el que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad»**. Tal afirmación equivale a señalar el que destruyere, dañare o inutilizare cualquier medio o recurso afectado al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: la utilización de los diferentes términos y la de la cláusula **u otros medios o recursos**, no es, en realidad, una interpretación analógica, sino una manera de ejemplificar cualquier sustancia útil para la realización de falsificaciones. En el mismo sentido, tampoco constituyen ejemplos de interpretación analógica las previsiones del número 3 del artículo 238, **son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren**

**el hecho concurriendo: fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados o forzamientos de sus cerraduras, ni la del número 1 del siguiente artículo cuando considera llaves falsas las gan-
zúas u otros instrumentos análogos.**

Por lo demás, hay que reiterar la absoluta prohibición de la analogía e interpretación analógica *in malam partem* y las numerosas cautelas que deben rodear a su aplicación *in bonam partem*. En este sentido es absolutamente claro el artículo 4 del Código Penal de 1995 cuando afirma: **Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.**

17. La irretroactividad de la ley penal. Vigencia temporal de la ley penal

17.1. Irretroactividad y retroactividad

Las leyes, como si se tratara de seres físicos, nacen, viven y mueren; es más, incluso tienen un período de vida prenatal. El nacimiento, esto es, la entrada en vigor, se produce, de acuerdo con el artículo 2.1 del Código Civil, que afirma que **las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa.** Ese período que ha de transcurrir entre la publicación y la entrada en vigor se denomina *vacatio legis*. Normalmente, es de veinte días; pero es frecuente que las leyes dispongan lo contrario. Así, la Disposición Final Séptima del Código Penal de 1995 afirma que **El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Esta-**

do» y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia. Durante este período la ley carece por completo de vigencia. Sólo a partir de la entrada en vigor comienza a surtir efectos, con las matizaciones que más adelante, al referirnos a la retroactividad de la ley más favorable, realizaremos. El período de vida es, obviamente, el de vigencia, y la muerte se produce con la derogación que puede ser expresa, a través de otra ley posterior del mismo rango que explícitamente declare tal derogación, o tácita, si la nueva ley simplemente es contraria a la anterior o regula idénticamente la materia; en ambos casos se produce la sustitución de la vieja ley por la nueva, que deroga la anterior. Existe otra posibilidad de derogación de una ley: la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, lo que ha sido denominado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN **derogación judicial expresa**. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad supone la nulidad de la vigencia de la ley inconstitucional, con las matizaciones que también más adelante realizaremos. Fuera de estos casos, no existe posibilidad alguna de derogación de una ley.

Como ya hemos visto, el artículo 9.3 de la Constitución proclama, entre otros principios, el de **irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales**, y el 25.1 afirma que **nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento**. El artículo 1.1 del Código Penal afirma que **No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración**, lo que el 1.2 hace extensivo a los presu-

puestos de las medidas de seguridad, estableciendo el 2.1, la irretroactividad de las penas y medidas. Consecuencia directa del principio de legalidad es el de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y, concretamente, el de la irretroactividad de la ley penal. La doble dimensión política y técnica, del principio de legalidad vuelve a mostrarse en toda su expresión, en este punto: políticamente, constituye una garantía, podemos decir que la más característica garantía del principio de legalidad, que el ciudadano no puede verse sorprendido por la aplicación de una norma que prohíbe y castiga una conducta cuando no estaba en vigor en el momento de la verificación de la misma; técnicamente, la no entrada en vigor de la ley no obliga a su conocimiento, en el caso de que estuviera en *vacatio legis*, ni lo permite, cuando no se haya llegado a publicar, por lo que será imposible que despliegue sus efectos preventivo generales o de motivación frente a los ciudadanos. En otras palabras, el ciudadano no está en disposición de conocer el alcance y significación de la regulación jurídica de su conducta cuando ésta todavía no ha entrado en vigor.

En este punto, resulta necesario determinar cuándo se entiende cometido un hecho: el tiempo de comisión del delito. Existen, al respecto, tradicionalmente, tres posiciones: la que entiende cometido el hecho en el momento de la realización de la acción, que es la que se ajusta mejor a las exigencias del principio de legalidad; la que entiende realizado el hecho en el momento de lesión del bien jurídico, esto es, del resultado en los delitos que lo exijan, que se ajusta mejor a ciertas consecuencias derivadas del momento de comisión del delito, tales como el comienzo de la prescripción; y, finalmente, la tesis dual que considera cometido el

hecho o bien en el momento de realización del mismo o bien en el momento de producción del resultado, según los efectos de que se trate. Desde nuestra perspectiva, parece que debe entenderse cometido el hecho en el momento de realización de la acción, a efectos de aplicación de la ley penal. El artículo 7 del Código Penal dice que **a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar**. Así pues, debe entenderse cometido el hecho, a efectos de determinación de la ley penal aplicable, en el momento en que se cometió la acción o se omitió la que se debería haber realizado.

Junto a este principio general de irretroactividad de la ley penal rige una gran excepción que, como veremos, no es tal: la retroactividad de la ley más favorable: la ley penal se aplica retroactivamente en cuanto pueda favorecer al reo. Así, afirma el artículo 2.2 el Código Penal, **no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario**. El fundamento de tal aplicación retroactiva, además de que en él no se dan ninguna de las razones que motivan su contrario, debe verse en la no necesidad de pena. Al ordenamiento jurídico, que ha cambiado la valoración de la conducta, bien valorándola positivamente, bien valorándola menos negativamente, ya no interesa la aplicación tan rigurosa de las consecuencias jurídicas

que se preveían en los supuestos anteriores o, incluso, de los presupuestos de la norma anterior. El principio general de libertad, el principio de intervención mínima y, en general, la función preventiva del Derecho penal obligan a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia, en el que rigen criterios o bien menos rígidos o simplemente valoradores positivamente de la conducta realizada. Para FIANDACA y MUSCO estaríamos ante un mismo fundamento: tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable cuanto la retroactividad de la más favorable obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad. Insisto en que es el principio general de libertad el que, efectivamente, inspira ambas consecuencias: no es posible aplicar retroactivamente una ley que restrinja la libertad y es preciso aplicar retroactivamente una ley que la amplíe, en el primer caso por exigencias del principio de legalidad y la seguridad jurídica, en el segundo por exigencias del principio de intervención mínima y de necesidad de la pena. El alcance de la retroactividad de las disposiciones penales favorables viene, en principio, recogido en el artículo 2.2.

La regulación que de la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales contiene el nuevo Código resuelve muchas de las cuestiones que hemos de plantearnos a continuación. Pero deja sin resolver el problema de si deben o no extenderse los efectos retroactivos cuando ya se ha cumplido sentencia, ¿existe alguna razón para no extender la retroactividad de las leyes penales más favorables a aquellos sujetos que ya han cumplido su condena, a efectos de la cancelación de los antecedentes penales? A mi juicio, y de acuerdo con la opinión vertida por CASABÓ RUIZ, no. No

existe razón alguna y, pese a la literalidad del artículo 2, entiendo que debe extenderse dicha retroactividad al supuesto a que nos estamos refiriendo.

17.2. Determinación de la ley penal más favorable

No siempre resulta sencillo determinar cuál es la ley más favorable y, por consiguiente, si debe o no aplicarse retroactivamente. La cuestión está clara cuando se trata de una ley despenalizadora; esto es, cuando la conducta ha dejado de ser considerada delictiva y, por consiguiente, castigada. El problema, en cambio, surge cuando no estamos ante una ley completamente despenalizadora, sino cuando se sustituye una conducta por otra o cuando se produce una reformulación del tipo, de tal manera que la punición de la misma conducta atiende a criterios diferentes. Ocurrió con la reforma de 1983 en materia de delitos contra la propiedad: la determinación de la pena pasó de atender a la cuantía de lo sustraído a otras circunstancias diferentes; lo mismo sucedió con la reforma de las lesiones en 1989, donde el tiempo de curación de la lesión dejó de ser el criterio determinante para pasar a ocupar este lugar la necesidad o no de tratamiento médico o quirúrgico. Incluso es posible que no se trate tan solo de la determinación de la pena, sino que incluso la delimitación de si la conducta es o no delictiva atienda a criterios diferentes.

Para la doctrina alemana habrá sucesión de leyes siempre que el bien jurídico protegido sea el mismo, sin atender a las distintas modalidades de conducta. La cuestión parece criticable, no solo porque la determinación del bien jurídico es siempre opinable, sino porque en ocasiones la previsión de la mayor o menor gravedad o incluso de la ilicitud no depende sólo de la lesión o puesta en peligro

del bien jurídico, sino que a veces la propia modalidad de la conducta puede ser determinante.

Por ello parece adecuado incluir la conducta en ambas normas, determinar qué es lo que resultaría más favorable para el sujeto y aplicarla finalmente. Pero teniendo en cuenta la totalidad del conjunto de la norma. Esto es, si por ejemplo alguien comete un delito de lesiones que tardan en curar quince días pero que necesitan tratamiento médico quirúrgico bajo la vigencia de una ley que castiga las lesiones que tardan en curar quince días con una pena de seis meses de privación de libertad, y con posterioridad aparece una nueva ley que castiga las lesiones que tardan en curar quince días con sólo tres meses pero aquéllas que necesiten tratamiento quirúrgico con un año de privación de libertad, no será aplicable retroactivamente la nueva ley en virtud de que la conducta incardinada en ella sería castigada con una pena superior a la que prevé la ley bajo cuya vigencia se cometió el hecho: se aplicará, por tanto, la primera ley que castiga con seis meses la conducta. Si, por el contrario, la nueva ley previera tan solo una pena de cinco meses para el supuesto de tratamiento médico, sería ésta la aplicable.

Se ha sostenido en la doctrina la posibilidad de «parchear» la nueva ley estableciendo, en el ejemplo anteriormente expuesto, que puesto que la nueva ley prevé una pena inferior para las lesiones que tardan en curar quince días, esta parte podría ser aplicada retroactivamente mientras que no cabría aplicar la previsión de la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico puesto que esto sería perjudicial para el reo. En ningún caso es posible, a mi entender, parchear una norma de esa manera: se trata de aplicarla entera; la retroactividad o no vendrá determinada por el resultado final que habría de aplicarse al sujeto una vez incardinada la conducta en toda la norma pero no en una mínima parte de la misma.

La derogación de una norma que contemple específicamente una conducta también prevista en una norma más general no comporta automáticamente la licitud de la conducta: pensemos, por ejemplo, en que el Código Penal de 1995 ha derogado los delitos de parricidio e infanticidio; estas figuras, que son supuestos específicos de homicidio desaparecen con la nueva regulación. Tal desaparición no implica en absoluto la consideración de licitud de los parricidios e infanticidios cometidos con anterioridad ni determina, por consiguiente, la aplicación retroactiva de la nueva ley. Por el contrario, lo que habrá que comparar es la pena resultante de aplicar el Código Penal de 1973, si los hechos se realizaron bajo su vigencia, y, concretamente la del parricidio o el infanticidio, con la pena prevista para el homicidio en el nuevo Código. La consecuencia, normalmente, y teniendo en cuenta que hay que atender a las circunstancias concretas; es decir a la pena resultante para aplicar al sujeto una vez determinada, será la aplicación retroactiva en el caso del parricidio, esto es, la aplicación a la pena correspondiente al homicidio en el nuevo Código, a la que habría que aplicar, en su caso, la circunstancia mixta de parentesco, prevista en el art. 23, y que actuaría como agravante y la irretroactividad respecto del infanticidio, para el que se mantendrá la pena prevista en el anterior Código.

Particular problema plantean también las leyes penales en blanco. En estos casos, es posible que no sea la ley penal sino la norma de integración la que varíe, de tal manera que, al contenerse elementos normativos en los tipos o simplemente remisiones a otras normas y variar éstas, se modifiquen los presupuestos que determinan la aplicación de la pena: pensemos en el ya varias veces puesto como ejemplo artículo 325, esto es, el

delito contra el medio ambiente, donde hay una remisión a las leyes y otras disposiciones de carácter general que, como más arriba hemos visto, son además de competencia autonómica. Imaginemos que la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma donde tuvo lugar el hecho modifica la legislación correspondiente de tal manera que la conducta que en su momento de realización fue delictiva, deja de serlo. Es evidente que deberá aplicarse retroactivamente la nueva ley que, a estos efectos, habrá de entenderse como parte integrante del tipo penal; esto es, como ley penal, como presupuesto de aplicación de una consecuencia jurídico-penal; en definitiva, su aplicación retroactiva carece totalmente de duda.

FIANDACA y MUSCO llegan incluso más lejos. No solo la modificación de las normas reglamentarias puede producir su aplicación retroactiva cuando estamos en presencia de una ley penal en blanco; también cuando cambian los parámetros extrajurídicos como por ejemplo la valoración social. Para estos autores, también en estos casos será de aplicación retroactiva el nuevo parámetro si favorece al reo; pensemos en el delito de injurias, que, de acuerdo con el artículo 208, considere tales las que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público como graves; obviamente, los parámetros ético-sociales por los que se mide tal consideración varían sustancialmente a lo largo del tiempo. No resulta, en cambio, tan sencillo reconocer el efecto retroactivo de estos nuevos parámetros. Al menos, no lo resulta cuando la sentencia ya ha sido dictada. Parece más lógico que, en estos casos, se atienda a criterios distintos como los de la concesión del indulto y no a una aplicación retroactiva de unos parámetros difícilmente mensurables.

En ocasiones, el presupuesto aparece inmutable y tan solo cambia la consecuencia jurídica; esto es, la pena —o la medida— aplicable. Ningún problema

plantean, como antes vimos, las normas despenalizadoras; ni tampoco aquéllas que prevén una pena de la misma clase que la anterior pero inferior en duración. Así, por ejemplo, si un sujeto comete un delito bajo la vigencia de una ley A que prevé una pena de prisión de diez a quince años y es enjuiciado bajo la vigencia de una ley B que prevé una pena de prisión de seis a diez años, como ambas penas son idénticas en su cualidad y tan solo varía su gravedad, es obvia la aplicación retroactiva de la nueva ley. Pero es posible que las penas de una y otra ley sean heterogéneas; esto es, de distinta cualidad: así, pensemos en que la ley A prevé una pena de seis a veinte arrestos fines de semana y la ley B prevé una pena de destierro (o de un año de multa). En este caso, no resulta sencillo determinar cuál es la ley más favorable. No resulta sencillo hacerlo en abstracto, pero mucho menos en concreto; esto es, teniendo en cuenta los intereses subjetivos y particulares del reo. El artículo 2.2 Código Penal de 1995, como más arriba se vio, solventa la cuestión afirmando que la competencia pertenece al Tribunal, si bien será, en los casos de duda, oído el reo. Teóricamente su opinión no es vinculante para el Tribunal, pero parece razonable que cualquier decisión contraria a su voluntad pueda ser objeto de recurso.

17.3. Leyes intermedias, temporales y excepcionales

Determinada la ley más favorable, su aplicación retroactiva no ofrece mayor problema. En cambio, debemos analizar qué sucede con las leyes penales intermedias: esto es, qué pasa cuando entre la ley vigente en el momento de comisión del hecho y la ley vigente en el momento del proceso existió otra en un

período intermedio: A comete un delito castigado con pena de seis años de prisión, después entra en vigor una ley que prevé cinco años de prisión, después otra que prevé siete años de prisión. Resulta evidente la no aplicación retroactiva de la tercera norma (siete años), pero con ello no queda resuelto el problema. Piénsese en que el sujeto en absoluto es responsable de que se haya tardado más o menos en conocer su caso por la Justicia. Estamos, por otra parte, ante una sucesión de leyes, y deben aplicarse los criterios de retroactividad o irretroactividad en cada caso, de tal manera que habrá que analizar si la segunda norma (cinco años) es o no de aplicación retroactiva; siendo así el caso, deberá aplicarse. Por fin, la tercera norma, al no ser de aplicación retroactiva no entrará en aplicación. Si, por el contrario, la norma intermedia previera una sanción superior a la primera, no sería aplicable retroactivamente: imaginemos que la norma A prevea seis años, la B siete, y la C cinco. La norma B no sería aplicable retroactivamente, pero sí lo sería la C. En todo caso, se trata de analizar paso a paso cada una de las sucesiones de leyes y contemplar, desde cada momento, su aplicación retroactiva o no.

Particulares problemas plantean las leyes temporales o excepcionales. Son leyes temporales aquéllas que tienen previsto un período de vigencia concreto, y son leyes excepcionales aquéllas que se aplican como consecuencia de unas circunstancias extraordinarias. Tanto unas como otras acostumbran a ser leyes intermedias en un cierto sentido. Pensemos en la vigencia de una ley temporal que previera un incremento de la pena para una determinada conducta. Si un sujeto comete el delito bajo la vigencia de la ley normal N que prevé una pena de seis años de privación de libertad y es enjuicia-

do bajo la vigencia de la ley temporal P que prevé una pena de diez años para el mismo hecho, resulta obvia la imposibilidad de aplicación retroactiva de la ley temporal. Pero lo importante no es esto, sino la retroactividad o no de la ley ordinaria cuando los hechos son cometidos bajo la vigencia de la ley temporal: el sujeto comete el delito bajo la vigencia de una ley temporal P que prevé diez años y es enjuiciado bajo la vigencia de la ley normal N que vuelve a aplicarse transcurrido el tiempo previsto por la temporal y que prevé una pena de seis años. De acuerdo con las reglas generales de sucesión de leyes, habría que aplicar retroactivamente la ley normal N que vuelve a estar en vigor. Y ésta será la consecuencia normal si la propia ley temporal no dispusiera lo contrario. El artículo 2.2 del CP altera la situación y prevé, expresamente, que los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal sean enjuiciados por ésta, conforme a ello, excepto que dispusieren lo contrario. Así pues, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código hay que afirmar que las leyes temporales son siempre de aplicación preferente. Es posible, por el contrario, que la ley temporal prevea una pena inferior. Del artículo 2.2 del Código no se puede desprender la irretroactividad de la ley temporal, sea ésta intermedia o no. Si un sujeto comete un delito previsto en la ley ordinaria O con seis años de privación de libertad, entra en vigor una ley temporal T que tan sólo prevé tres años de privación de libertad; ésta habrá de ser aplicada retroactivamente. Y la retroactividad se mantendrá, aunque entre de nuevo en vigor la ley ordinaria y sea éste el momento en que el sujeto es enjuiciado. En definitiva, será siempre de aplicación la ley más favorable.

Por lo que se refiere a las leyes excepcionales, nada dice el Código Penal. De ahí, que un sector doctrinal

considere que deben ser sometidas al régimen general; es decir, ser consideradas como una sucesión de leyes. A mi entender, las leyes excepcionales son temporales en la medida en que son de vigencia temporal y deben estar sometidas al mismo régimen que aquéllas.

En algún país, como Italia, se prevé un régimen especial de aplicación ultractiva de las normas tributarias, de tal manera que su aplicación se produce aunque éstas sean modificadas, alteradas o suprimidas. En España no existe tal previsión, por lo que debe aplicarse el régimen general de retroactividad de la disposición más favorable e irretroactividad en caso contrario.

Especial importancia tiene la renovación de las cuantías y de las multas: pensemos en aquellas modificaciones legislativas que tan sólo se refieren a una actualización, bien sea de la cuantía necesaria para integrar la infracción —por ejemplo, el delito fiscal— o en la cuantía de la multa, —pensemos en una actualización de una multa de 100.000 a 500.000 pesetas que pasa a ser de 300.000 a 1.500.000 pts., para paliar los efectos de la inflación—. Puede parecer lógico que si la actualización tan sólo se debe a paliar los efectos de la inflación, las nuevas multas se aplicaran retroactivamente cuando no se hubieran abonado y, en cambio, la cuantía necesaria para integrar la infracción penal no se aplicara retroactivamente. En todo caso, todo ello perjudicaría ostensiblemente al reo, por lo que es descartable desde el punto de vista de la legalidad, siempre que la propia norma no disponga lo contrario. Así, habrá que afirmar que si un sujeto comete una infracción fiscal de cinco millones de pesetas y posteriormente se eleva la exigencia a quince millones para ser delito, haya de aplicársele retroactivamente y su conducta deje de ser delictiva; en cambio, quién come-

ta un delito que tenga prevista una pena de cinco millones de pesetas, que se ve actualizado a quince, no podrá ésta última serle aplicada retroactivamente. En todo caso, sería conveniente que en los supuestos en cuestión, las nuevas leyes aclararan su aplicación, retroactiva o no, expresamente.

Debe, con todo, recordarse que el sistema de cuotas-multa que establece el Código Penal palía considerablemente el problema. Con todo, será, sin duda, necesaria la actualización de los mínimos y máximos que establece el artículo 50.4. Con lo que el problema permanece.

17.4. Retroactividad de la jurisprudencia constitucional

También puede plantear alguna duda la irretroactividad o retroactividad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pocos problemas plantearían aquellas decisiones del Tribunal que vinieran a declarar inconstitucional una determinada norma penal; es decir, una norma sancionadora o restrictiva de derechos. Si, por ejemplo, el Tribunal declara nulo un tipo, la aplicación retroactiva a todos los supuestos en que se hubiera aplicado previamente dicha norma, resulta obvia: todos los ciudadanos habrán de ser declarados no culpables de ese delito. Más problemática puede ser la cuestión si lo que el Tribunal declara inconstitucional es una exención —pensemos, por ejemplo, y tal como sucedió en Italia con los vocales del Consejo Superior de la Magistratura (entre nosotros sería el Consejo General del Poder Judicial)— o, incluso, cualquier otra causa de exención o minorización de la responsabilidad criminal. En este caso, la aplicación retroactiva sería perjudicial para el reo. Por ello, parece

adecuada la solución proporcionada por el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para el que **Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.** Por tanto, si lo que se declara inconstitucional es una ley restrictiva de derechos, procederá la aplicación retroactiva; si, por el contrario, se trataba de una norma beneficiosa para el reo no procederá ésta. En todo caso, siempre se está a lo más beneficioso.

Los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN plantean a este respecto una cuestión importante: la de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia ordinaria. Efectivamente, cuando la doctrina jurisprudencial se modifica, se alteran las circunstancias en que una conducta puede ser considerada delictiva o en que puede venir o no en aplicación una circunstancia agravatoria: la aplicación retroactiva de esa jurisprudencia resulta claramente atentatoria contra el principio de certeza. Sin embargo, y teniendo en cuenta que la jurisprudencia no es otra cosa que la aplicación concreta de las leyes, puede resultar problemática la consideración de la irretroactividad de la jurisprudencia menos favorable: téngase en cuenta que siempre será retroactiva cualquier modificación de la jurisprudencia cuando se aplica al caso concreto enjuiciado que, sin duda, se cometió bajo la vigencia de una jurisprudencia anterior: todo cambio en la jurisprudencia es, pues, retroactivo. La cuestión, sin duda, tiene una gran trascendencia, pero no parece posible pronunciarse por la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales perjudiciales.

17.5. *Leyes procesales*

Por último, debemos referirnos a la cuestión de las normas procesales. Sostiene la doctrina procesal mayoritaria que el criterio del *tempus regit actum* debe referirse no al momento de comisión del hecho sino al del proceso. Se parte, para ello, de una pretendida neutralidad de las disposiciones procesales que, con carácter general, no puede ser admisible. Habrá que estar a cada caso y comprobar si la disposición es o no restrictiva de derechos. Desde luego, cualquier disposición restrictiva de garantías ha de ser considerada como restrictiva de derechos y, por consiguiente, sometida al principio de irretroactividad que prevé el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978. Es verdad que muchas de las disposiciones procesales son efectivamente neutrales; no afectan a los derechos de los ciudadanos de manera directa: así, una ley que se refiera al tiempo de dictar sentencia. Pero también lo es que son muchas las que sí afectan a derechos individuales, incluso a privaciones de libertad que puedan ser acordadas durante el proceso, o a restricción de garantías. Entiendo que en este caso, y aunque el Tribunal Constitucional ha declarado la permisibilidad o la aceptabilidad de que la regla *tempus regit actum* se refiera al momento del inicio del proceso, estas normas no puedan ser aplicables retroactivamente. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional prohíbe, en definitiva, aplicar retroactivamente una ley posterior perjudicial. Si bien es cierto que se admite el aforismo *tempus regit actum*, se hace con carácter relativo: la irretroactividad de las normas procesales no debe afectar a aquellos supuestos en que se cometió un delito bajo la vigencia de una ley procesal más beneficiosa. Al analizar esta jurisprudencia, afirma GARCÍA ARÁN que se

prohíbe que la ley posterior más restrictiva se aplique a un acto anterior, con lo que, «de hecho se está prohibiendo la retroactividad de las leyes procesales perjudiciales en los supuestos en los que propiamente, puede hablarse de retroactividad, es decir, en aquellos actos procesales cuya permanencia en el tiempo hace posible la existencia de dos leyes distintas y teóricamente aplicables». Como afirman los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN «en todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción de la libertad, no regirá la regla *tempus regit actum*, sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción, presupuesto material al que tales consecuencias «procesales», se hallan indiscutiblemente ligadas».

18. El principio *non bis in idem*. El concurso aparente de leyes

18.1. El principio non bis in idem

El principio *non bis in idem* tiene un doble significado: procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, y material, en virtud del que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta. La sentencia del Tribunal Constitucional 2/81, de 30 de enero, vincula este principio al de legalidad, reconociendo que no está expresamente recogido en la Constitución, pero justificando tal omisión en virtud de su íntima vinculación a los principios de legalidad y tipicidad. En virtud de esta sentencia, no

corresponde aplicar una doble sanción, siempre que se den unidad de sujeto, de hecho, y de fundamento. Pocos problemas plantea la primera exigencia: no habrá vulneración del principio si las sanciones son aplicadas a ciudadanos distintos. Por lo que se refiere a la segunda de las exigencias, es obvio que tampoco hay vulneración del principio si se aplican a conductas diferentes o, incluso, a resultados materiales distintos procedentes de la misma conducta. Por último, la unidad de fundamento, alude a la necesidad de que la justificación y finalidad del castigo sea la misma: no habría vulneración del principio si se sancionara desde la óptica de dos o más normas distintas una misma conducta, incluso con un mismo resultado: pensemos en un sujeto que, con la intención de matar, produce unas heridas graves: el mismo hecho puede ser enjuiciado en su doble cualidad de tentativa de homicidio y de lesiones consumadas. La determinación de en qué casos estamos ante uno o más hechos y ante uno o más fundamentos corresponde a la teoría del concurso de infracciones. De momento, entenderemos por unidad de hecho la unidad naturalística y por unidad de fundamento la de valoración jurídica. No hay vulneración del principio *non bis in idem* allí donde para contemplar la totalidad del hecho es necesario recurrir a más de una norma jurídica. Como señala VIVES ANTÓN, «puede decirse que habrá concurso de leyes allí donde uno solo de los tipos en conflicto abarque totalmente el injusto de la conducta delictiva y habrá concurso de delitos allí donde, para captar completamente dicho injusto, haya que tomar en consideración varios tipos». El *non bis in idem* afecta por tanto a la aplicación de varias normas que se refieran a una identidad de sujeto, hecho y fundamento: esto es, que a un mismo individuo, como

consecuencia de la realización de una misma conducta y de la producción de un mismo resultado, se le aplicaran dos normas distintas cuya fundamentación sea la misma tutela del mismo bien jurídico; no lo habrá, en caso de que sean varios los sujetos que actúen, en caso de que produzcan varios resultados materiales, o en caso de que se necesiten varias normas para contemplar el total desvalor de la conducta.

Particular problema plantea la posible compatibilidad de una doble sanción de distinta naturaleza, penal o administrativa. Pero a ello ya nos hemos referido más arriba. Ya hemos dejado claro que la unidad del Derecho sancionador impone la unidad de la respuesta de éste frente a los mismos hechos. La exigencia de unidad de fundamento, sin embargo, ha permitido a la jurisprudencia admitir la doble sanción en ciertos supuestos de «relación especial de sujeción». Más arriba establecimos ya la crítica: no habrá vulneración del principio, si la naturaleza y el fundamento de las medidas a aplicar son distintos: así, en el supuesto de adopción de medidas penitenciarias necesarias para el restablecimiento del orden público y de la sanción penal correspondiente a la conducta, si ésta es constitutiva de delito. Pero sí ha de suponer una clara vulneración del *non bis in idem* la acumulación de sanciones penal y administrativa, por unos mismos hechos, cuando el fundamento de las mismas sea la tutela de los intereses generales; es decir, la tutela del mismo bien jurídico protegido.

Es evidente, que la afirmación del principio *non bis in idem* obliga al intérprete a seleccionar una norma a aplicar cuando son varias las que contemplan las posibilidades de sanción. La elección de la norma preferente excluye la aplicación de las demás. Es lo que se denomina reglas de solución del «conflicto o concurso aparente de leyes penales».

18.2. *El concurso aparente de leyes*

El conflicto aparente de leyes penales se produce cuando un solo hecho aparece recogido en varias normas penales. El principio *non bis in idem* obliga a excluir la aplicación de todas menos una; sólo una norma será realmente aplicable. Las técnicas de resolución del conflicto aparente de leyes penales persiguen, por tanto, seleccionar cuál es la norma realmente aplicable al caso. El conflicto se produce siempre que hay una antinomia; esto es, una regulación contradictoria. Pero ello ocurre las menos de las veces. Mucho más frecuente es que se produzca una regulación diferenciada en la cual una de las normas incluye algunos aspectos concretos, de manera que contempla de forma más completa la conducta realizada. Puesto que se trata de encontrar la desvaloración global del Código hacia la conducta, será necesario atender a una serie de principios. Los de jerarquía, posterioridad y especialidad resuelven básicamente el conflicto: la norma jerárquicamente más importante desplaza a todas las inferiores que, obviamente, no pueden contradecirla. Dada la vigencia del principio de legalidad en Derecho penal, el principio jerárquico se limita a la confrontación entre la Constitución y las leyes y determinará, en caso de conflicto, la inconstitucionalidad y, por consiguiente, nulidad de la ley penal. En defecto del principio de jerarquía, ha de recurrirse al de posterioridad. Si existe conflicto alguno entre dos leyes del mismo rango, hay que recurrir siempre a la posterior puesto que ésta deroga a la anterior: no es, sin embargo, frecuente que tal conflicto se dé en el seno del Derecho penal, aun cuando puedan existir contradicciones entre el Código Penal y alguna ley concreta. Por consiguiente, si existe contradicción entre el Código Penal y una ley que contemple específicamente una materia, una ley especial, se

ha de atender al principio de posterioridad, y será aplicable la norma posterior del mismo rango.

Sólo en defecto de aplicación de estos principios entra en vigor el denominado principio de especialidad, que ha de ser entendida de forma axiológica: la norma que es más específica y, por consiguiente, contempla más exactamente el desvalor de una conducta, será de aplicación preferente a la que la contempla de manera más general. En ocasiones se confunde este principio con el de especialidad lógica que, como inmediatamente veremos, deriva de aquél. Y en la confusión se pretende que una ley penal especial sea siempre de aplicación preferente al Código Penal. Tal criterio es inaceptable. El legislador puede modificar su voluntad perfectamente a través del Código Penal y derogar tácita o expresamente con ello leyes especiales anteriores. El conflicto, pues, no debe resolverse atendiendo al pretendido criterio de la especialidad lógica que, en realidad, como veremos, significa otra cosa, sino al de posterioridad.

Los distintos principios rectores que emanan del de especialidad son los tradicionalmente recogidos como resolutorios del conflicto aparente de leyes penales. Son los únicos, por otra parte, que pueden servir para resolver antinomias existentes dentro de una misma ley, como es el caso de los conflictos entre diferentes preceptos del Código Penal. Los criterios, que como veremos son cuatro, responden al genérico de especialidad axiológica, en virtud del cual se trata de encontrar aquella norma que contempla y regula más específicamente una conducta, y aparecen recogidos en el artículo 8 del Código Penal de 1995 que afirma que **Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77 —que se refiere al conflicto de delitos— se castigarán observando las siguientes reglas:**

1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general. Estamos ante el *principio de especialidad lógica*, en virtud del cual, cuando existe una relación género-especie entre dos normas, la especial desplaza a la general. Por norma especial ha de entenderse aquella que contiene todas las circunstancias y elementos de la general, a los que añade alguno más. El asesinato (artículo 139), es ley especial respecto del homicidio (artículo 138). Eso quiere decir que todo asesinato es un homicidio, aunque no todo homicidio es un asesinato; por eso el asesinato desplaza al homicidio. Una norma especial puede, a su vez, ser general respecto de una tercera: tal sucede en la relación asesinato-asesinato cualificado (artículos 139 y 140). Así, lógicamente, la relación entre la tercera y la primera de las normas, sigue siendo de especialidad. Tal relación, en cambio, no existe entre dos normas especiales que pertenecen a un mismo género.

El número 2 del artículo 8 del Código afirma: **El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.** *El criterio de subsidiariedad* se aplica a dos normas específicas dentro del mismo género, en las cuales una declara expresamente que sólo es aplicable en defecto de la otra (subsidiariedad expresa) o tal relación se deduce de la diferente valoración que contemplan ambas figuras (subsidiariedad tácita). Un ejemplo de la primera lo constituye el número 2 del artículo 169 del Código Penal que castiga a la amenaza no condicional una vez que ha definido la condicional en el 169, 1º: **Sólo en caso de que no concurra condición alguna vendrá en aplicación el tipo de amenaza no condicional.** Un ejemplo de la segunda sería el de la relación existente

entre el asesinato (norma subsidiaria), y el homicidio-suicidio (artículos 143, 3 y 4 del Código Penal): **Sólo en defecto de la aplicación del homicidio-suicidio puede venir en aplicación el asesinato.**

El número 3º del artículo 8 dice: **El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.** El *principio de consunción* se aplica cuando una norma contempla de manera más completa el desvalor que las otras, de tal manera que sólo una norma penal contempla enteramente el desvalor de la conducta, mientras que, de no existir ésta, habría que recurrir a más de una para contemplarlo. Tal cosa sucede, por ejemplo, en los denominados delitos complejos. En ellos, existe una norma aplicable a toda una conducta que es constitutiva de varios delitos: el antiguo delito de robo con homicidio doloso (artículo 501, 1º) desplazaba la aplicación conjunta del homicidio (407) y el robo con violencia genérica (501, 4º). El nuevo Código Penal, con buen criterio, ha suprimido la técnica de los delitos complejos, remitiendo a un concurso de delitos entre las respectivas figuras. De esta manera, se logra ajustar la pena al principio de culpabilidad. Pero no sólo son los supuestos de delitos complejos en los que viene en aplicación el principio de consunción. Hay casos en los que el desvalor de una norma contempla ya el de otra que queda totalmente absorbida: el robo en casa habitada absorbe la aplicación del allanamiento de morada. Estamos ante los denominados actos copenados o los también mal llamados actos anteriores o posteriores impunes. No se trata de que queden sin castigar, sino de que su desvalor ha sido ya contemplado en la norma consuntiva, que los absorbe. Por último debemos reseñar que hay actos cuya progresión determina la absor-

ción de los mismos por una norma aplicable a un supuesto posterior: generalmente las lesiones son absorbidas por el homicidio, los actos preparatorios por la tentativa y ésta por la consumación, etc.

Por fin, y de acuerdo con el número 4 del artículo 8 **En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor.** Es el criterio mal denominado por la doctrina dominante de la *alternatividad* —ésta vendría a suponer que es igual la aplicación de una u otra norma, lo que sucede sólo en el caso de que ambas prevean la misma pena—, y con mayor propiedad, por los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN de *subsidiariedad o consunción relativas e impropias*. Tal denominación obedece a que la norma menos grave sólo puede ser aplicada en defecto de la más grave y que ésta absorbe a la primera. El criterio es enteramente lógico: no por el hecho de que la conducta sea subsumible en una norma que contemple parcialmente el desvalor o que simplemente prevea una pena menor queda desplazada la gravedad mayor con la que es contemplada por otra norma. En otras palabras: si la conducta fuera solamente incardinable en la norma que prevé pena mayor, ésta habría de aplicarse. Por el hecho de que también esté contemplada por una que prevé pena menor, y que no es especial respecto de la anterior, es obvio que debe aplicarse la que prevé pena más grave, pues de lo contrario, con seguridad, estaríamos aplicando una norma que no contempla todo el desvalor de una conducta.

La existencia del criterio obedece a la necesidad de evitar la doble consideración punitiva del contenido de injusto común a ambas figuras en aparente conflicto.

En aquellos supuestos en que la conducta puede incardinarse en dos o más preceptos, que contemplan enteramente su desvalor; pero entre las que, o hay absoluta identidad en la descripción del precepto, o son especies pertenecientes a un mismo género, o no existe relación lógica alguna entre ellas si bien tutelan el mismo bien jurídico, el principio *non bis in idem*, imposibilita el recurso al concurso de infracciones: de ahí que, subsidiariamente al resto de criterios, hay que acudir al previsto en el número 4 del artículo 8º: aplicar el que prevé pena superior.

Es clásica la imagen de los círculos secantes para representar este supuesto. Así, un tipo abarca un conjunto de conductas, y el segundo otro distinto. Pero existe una zona común a ambos, en el que se encontraría la conducta en cuestión.

Así, la conducta de quien, violentamente, impide el ejercicio del derecho de huelga está contemplada, al menos, en el párrafo segundo del artículo 172 (que prevé la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de seis a veinticuatro meses; ambas en su mitad superior), y en el 315.2 (que prevé la de tres años a cuatro años y seis meses de prisión y multa de doce a dieciocho meses). Obviamente, es de aplicación este último precepto. La solución no podría encuadrarse en ninguno de los criterios anteriores pues, pese a la aparente especialidad del 315.2, es lo cierto que prevé supuestos no encuadrables en el tipo de coacciones, pues la conducta descrita puede llevarse a cabo por intimidación. Lo mismo sucede en la relación existente entre las coacciones y el aborto practicado sin el consentimiento de la mujer (arts. 172 y 144, respectivamente). Acudir, en este caso, al concurso de delitos equivaldría a valorar doblemente el «compeler a efec-

tuar lo que no quiere»; esto es, la lesión de la libertad de obrar.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, L.: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC* n^o 8, 1983, pp. 9 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco», *AP* 1994, pp. 449-455.
- BOIX REIG, J.: «El principio de legalidad en la Constitución», en Asúa Batarrita (ed.), *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao, 1983, pp. 52 y ss.
- COBO DEL ROSAL, M.: «Sustitución del IGTE por el IVA: principio de legalidad y retroactividad de la ley penal más favorable», *CPC* 1994, pp. 445 y ss.
- COBO DEL ROSAL, M. - BOIX REIG, J.: «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal, M. (dir.) - Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal I (Derecho penal y Constitución)*, Madrid, 1982, pp. 191 y ss.
- COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTÓN, T. S.: «Retroactividad de las disposiciones favorables en materia de contrabando», en Cobo del Rosal, M. (dir.) - Bajo Fernández, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal III*, Madrid, 1984, pp. 584 y ss.
- CÓRDOBA RODA, J.: «Principio de legalidad y Constitución», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, 1989, pp. 79 y ss.
- CUERDA RIEZU, A.: «¿Ostenta *ius puniendi* las Comunidades Europeas?», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en homenaje al prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 621 y ss.
- DOVAL PAIS: «Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco», Valencia, 1999.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales», *CPC* n^o 52, 1994, pp. 91 y ss.
- GARCÍA ALBERO, R.: «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995. GARCÍA ARÁN, M.: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *EPC* n^o XVI, 1993, pp. 63 y ss.

- GARCÍA RIVAS, N.: *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del TC*, Madrid, 1992.
- GERPE LANDÍN: «Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal», *RJC* 1991, pp. 685 y ss.
- HUERTA TOCILDO, S.: «El derecho fundamental a la legalidad penal», *REDC* n° 39, 1993, pp. 81-113.
- LAMARCA PÉREZ, C.: «Legalidad penal y reserva de ley en la CE», *REDC* n° 20, 1987, pp. 99 y ss.
- LÓPEZ AGUILAR: «La reserva constitucional de ley en materia penal», *REDC* n° s.f., 1991, pp. 105-143.
- MADRID CONESA, F.: *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia, 1982.
- MADRID CONESA, F.: *La legalidad del delito*, Valencia, 1983.
- MADRID CONESA, F.: *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985.
- MESTRE DELGADO, E.: «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *ADPCP* 1988, pp. 503 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F. - CUADRADO RUIZ, M. A.: «Ley penal en blanco», en *Enciclopedia Jurídica Básica III*, pp. 4.013 y ss.
- OTTO Y PARDO, I. DE: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 4ª. reimpr. de la 2ª. ed., Barcelona, 1995.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Legalidad (Principio de)», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix XIV*, Barcelona, 1971, pp. 889 y ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Principio de legalidad y arbitrario judicial», *AFDUAM* 1, 1997, pp. 279-296.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Reserva de ley orgánica para las normas penales», en Cobo del Rosal, M. (dir.) - Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal I (Derecho penal y Constitución)*, Madrid, 1982, pp. 299 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?», *La Ley* 1993-I, pp. 964 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco”», *EPC XVI*, 1993, pp. 423 y ss.
- VIVES ANTÓN, T. S.: «Ley y derechos fundamentales (acerca del principio de legalidad en materia penal)», en *idem*, *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 373-385.

**EL HORIZONTE DEL FINALISMO
Y EL
“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”**

***Luis Gracia Martín
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza***

SEGUNDA PARTE
Bases para una crítica del “Derecho penal del enemigo”

I. Introducción

La doctrina del Derecho penal dirige su mirada, en los últimos años, a ciertas regulaciones del Derecho penal positivo que, en virtud de determinadas características, parecen desviarse de los principios y reglas del Derecho penal general, así como también de los fines de éste. En razón de los destinatarios y de los fines que perseguirían tales regulaciones, cabría agrupar, y así individualizar a las mismas en un particular *corpus* punitivo que podría ser identificado mediante su denominación como “Derecho penal del enemigo”. La idea actual de este Derecho penal del enemigo, habría sido introducida en 1985 por *Günther Jakobs*¹ en la forma de un concepto doctrinal, y también como un postulado político-criminal, cuyo desarrollo y concreción han sido y aún son proseguidos hasta hoy por él mismo² y por otros penalistas que siguen o están próximos a los planteamientos teóricos del gran penalista científico alemán³. Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal *moderno*⁴, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho⁵. Independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el Derecho positivo un específico y diferenciado *corpus legal* punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese “Derecho penal del enemigo”. Aunque este Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto

¹ Concretamente en su artículo sobre la cuestión de la criminalización de conductas en el ámbito previo, publicado en ZStW 97 (1985), pp. 756 ss., 783 s., el cual se incluye en la compilación española de trabajos suyos, por la cual será citado en este trabajo, Estudios de Derecho penal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 294 ss., 322 s.

² Véase *Jakobs*, AT, 2ª ed., 2/25c; *el mismo*, en Estudios de Derecho judicial, nº 20 (1999), pp. 137 ss.; *el mismo*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, pp. 51 ss.; *el mismo*, Derecho penal del ciudadano, pp. 21 ss. Aun cuando no tengan por objeto específico el tema del Derecho penal del enemigo, para la comprensión de los planteamientos de *Jakobs* sobre éste, son fundamentales sus dos siguientes obras más generales: *Jakobs*, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, y *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, en *Jakobs/Cancio*, Conferencias sobre temas penales, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, sf., pp. 17-48.

³ Véase *Pawlik*, GA 1998, pp. 378 ss.; *Müssig*, GA 1999, pp. 121 ss. *Lesch*, GA 2000, pp. 355 ss.; parcialmente, *Brugger*, JZ 2000, p. 165. En la doctrina española, *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, pp. 166 s., parece rechazar la legitimidad de este Derecho penal del enemigo, sobre el cual plantea la duda acerca de si es realmente “Derecho” o si, por el contrario, es un “no-Derecho”; sin embargo, también parece dejar la puerta abierta a su admisibilidad (loc. cit., pp. 165 s.) en la medida en que el mismo, siendo un mal, pueda ser visto, no obstante, como el “mal menor” (loc. cit., p. 166); parece decantarse por la admisibilidad del Derecho penal del enemigo *Pérez del Valle*, CPC nº 75 (2001), pp. 610 ss., especialmente p. 612.

⁴ Véase *Gracia Martín*, Prolegómenos, pp. 120 ss.; *Cancio*, ¿“Derecho penal” del enemigo?, pp. 62 ss. 78 ss., donde tras pasar revista a las que serían características del moderno Derecho penal, entre las que destaca el simbolismo y el punitivismo, deduce que “el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal” y que “lo que surge de su unión [es precisamente] el Derecho penal del enemigo”.

⁵ Véase en este sentido, por ejemplo, *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, pp. 163 ss. (“tercera velocidad del Derecho penal”); *Cancio Meliá*, JpD, nº 44 (2002), pp. 19 ss., y más recientemente, *el mismo*, ¿Derecho penal del enemigo?, pp. 59 ss., 62 ss. Por el contrario, un sector de la doctrina penal, que hoy puede considerarse aún como minoritario, considera que las regulaciones del moderno Derecho penal, y las construcciones teóricas que se hacen en torno al mismo, son conformes en todo con los principios y garantías jurídico-penales del Estado de Derecho; cfr. al respecto, por todos, *Gracia Martín*, Prolegómenos, pp. 155 ss., para las referencias doctrinales, y pp. 202 ss. para mi postura personal ante la cuestión.

planteamiento político criminal⁶, no obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de un *corpus legal* de enemigos en el Derecho penal y procesal penal de la actualidad⁷ que, obviamente, es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho penal del enemigo⁸.

En este momento inicial, y antes de pasar al fondo de la exposición de mis consideraciones sobre el Derecho penal del enemigo, me parece de interés realizar la siguiente observación preliminar⁹. No creo que me aleje demasiado de la realidad si digo que ante todo la expresión “Derecho penal del *enemigo*” suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios y precauciones motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término “enemigo”¹⁰. Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo (democráticas y progresistas), provoca ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido Derecho penal del enemigo, y no sin razón cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica y actual, y contemplamos con esa mirada el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho penal en determinados lugares. En efecto, esa experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes¹¹, y cómo aquéllos dictan leyes nominalmente penales que, sin contenido alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de “guerra” contra esos etiquetados como enemigos. Al respecto, sobran las palabras cuando se piensa, por ejemplo, en el Proyecto de ley nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad¹², o en la denominada en España expresamente por la dictadura fascista de Franco “Ley de represión de la *masonería y el comunismo*”, de 29 de marzo de 1941. A la vista de estas reales experiencias, pues, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de “enemigo” predisponga ya a un rechazo de un Derecho penal del enemigo en sociedades que, como es el caso de la actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como

⁶ En la doctrina alemana véase en contra, entre otros y por ejemplo, Wolter, GA 1999, pp. 158 ss.; Eser, Schlussbetrachtungen, pp. 37 ss.; Schneider, ZStW 113 (2001), p. 506; Schünemann, GA 2001, pp. 211 s.; y en la doctrina española, también en contra, entre otros, Muñoz Conde, Edmund Mezger, 2002, pp. 117 ss.; *el mismo*, RP nº 10 (2002), p. 14; Cancio, JpD nº 44 (2002), pp. 23 ss.; *el mismo*, ¿Derecho penal del enemigo?, pp. 89 ss.; Maqueda Abreu, JpD nº 47 (2003), p. 11; Lorenzo Copello, RDPC nº 12 (2003), pp. 455 s.; Portilla Contreras, LH-Bacigalupo I, pp. 706 s. y 708 ss.; Díez Ripollés, JpD nº 49 (2004), p. 37; *el mismo*, en RECPC 06-03 (2004), p. 24; Faraldo Cabana, Un Derecho penal de enemigos, pp. 310 ss.; Ramos Vázquez, Del otro lado del espejo, pp. 95 ss.; muy esclarecedor es el magnífico e impresionante estudio crítico de Brandariz, Itinerarios de evolución del sistema penal, pp. 42 ss., 54 ss. Una descripción del Derecho penal del enemigo, sin tomar posición con respecto a él, en Polaino PG I, pp. 185 ss.

⁷ Véase, en este sentido, Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal, p. 166, donde dice que “constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características —sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna—, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo”; véase una enumeración de disposiciones legales españolas que podrían ser valoradas como Derecho penal del enemigo en Portilla Contreras, en LH-Bacigalupo I, pp. 693 s. nota 1 y pp. 708 ss., concluyendo su investigación con la afirmación de que “la ‘idea’ de un Derecho penal y procesal de enemigos es, desde hace años, una realidad” (loc. cit., p. 720). Por su parte, Jakobs advierte acerca de cómo “el legislador está pasando a una legislación —denominada abiertamente de este modo— *de lucha*”; véase, Jakobs, Derecho penal del ciudadano, pp. 38 s. y la relación que cita de leyes alemanas que se denominan, precisamente, “leyes para la lucha contra...”; sobre esto último, además, Jakobs, en Eser/Hassemer/Burkhardt, pp. 51 s.

⁸ Véase, por todos, Portilla Contreras, en LH-Bacigalupo I, pp. 708 ss. y especialmente p. 720.

⁹ Sobre ella cfr. además infra

¹⁰ “El diagnóstico” —dice Jakobs— “da miedo”; véase Jakobs, Derecho penal del enemigo, p. 15.

¹¹ Así, nos recuerda Faraldo Cabana, Un Derecho penal de enemigos, p. 311, cómo las dictaduras chilena y argentina caracterizaron a los disidentes como “enemigos internos”.

¹² Sobre ella, véase Muñoz Conde, en LH-Cerezo, pp. 496 ss., 504 ss. (= RP nº 9 [2002], pp. 48 ss., 54 ss.).

democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad¹³.

A mi juicio, un debate y una indagación acerca de este denominado Derecho penal del enemigo no podría plantearse, ni tendría sentido, en relación con la legislación de un régimen totalitario. En los regímenes de este tipo, se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos. Estas legislaciones, a mi juicio, no pueden ser partícipes de la idea del Derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción, y por otro lado, en los Estados totalitarios no puede reconocerse a ningún auténtico Estado de Derecho, dado que como observa *Elías Díaz* no es lo mismo Estado *con* Derecho que Estado *de* Derecho¹⁴. El debate sobre un Derecho penal del enemigo, pues, sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos y reales Estados de Derecho¹⁵. Ahora bien, es evidente que en este contexto nada resuelve sobre el problema un rechazo puramente emocional, aunque históricamente fundado, de toda pretendida diferenciación de algunos miembros de la sociedad como “enemigos”. De lo que se trata es de indagar sobre si en las sociedades democráticas existen realmente, es decir, *objetivamente*, tipos de comportamiento antisocial de tales características que fueren a su diferenciación no sólo en el plano de la fenomenología social sino sobre todo en el de los modos de hacerles frente y de tratar a sus autores, si ello, en caso de ser afirmado, indicaría como adecuada una diferenciación asimismo de un Derecho penal específico, de características especiales y con reglas diferentes de las del Derecho penal ordinario, y en el caso de que a todo esto se contestara también afirmativamente, si ese Derecho penal excepcional podría legitimarse en el Estado de Derecho, y, en tal caso, cuáles serían entonces sus límites y las reglas específicas por las que debería regirse. Claro que la respuesta a todas estas preguntas irá de la mano de la respuesta al interrogante que debe emerger ya en el punto inicial, y que no es otro que el relativo a la nada evidente cuestión de si realmente existen “enemigos”, y en el caso de que existan, el relativo a la delicada y peligrosa cuestión de la determinación tanto de quiénes podrían ser encuadrados en semejante *status* como de quiénes tendrían competencia para llevar a cabo semejante determinación¹⁶.

II. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo

Para *Jakobs* sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos. Esta diferencia se establecería con respecto a los *ciudadanos*. Por esta razón individualiza y distingue

¹³ Véase, en sentido similar, *Muñoz Conde*, Edmund Mezger, pp. 118 s.

¹⁴ Véase *Elías Díaz*, Estado de Derecho, p. 63: “no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que es —además de descriptivo— el Estado de Derecho: un estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos lo son)”; y ya antes en Estado de Derecho y sociedad democrática, pp. 17 s. No obstante, la cuestión, que aquí no puede ser abordada ni resuelta definitivamente, es si pueden ser reconocidas como “Derecho” a las reglas o normas de Estados que no merecen ser reconocidos como Estados de Derecho.

¹⁵ Véase, así, *Pérez del Valle*, CPC, n° 75, 2001, p. 605, y además p. 613, quien frente a la opinión de que sólo podría hablarse de Derecho penal del enemigo en un Estado totalitario, considera que el problema reside en si un tal derecho “es contrario a la naturaleza de sociedades o comunidades políticas que no están asentadas en principios totalitarios” y en si “su introducción en ordenamientos democráticos implica en cierto modo una contradicción” (p. 605).

¹⁶ Véase, en este sentido, en actitud crítica contra el Derecho penal del enemigo, *Schünemann*, GA 2001, p. 212 y del mismo modo *Portilla Contreras*, LH-Bacigalupo I, nota 17 de pp. 698 s.; cfr., además, en sentido parecido, *Laurenzo Copello*, RDPC n° 12 (2003), p. 456: “es casi un lugar común preguntarse quién y con qué legitimidad podría decidir el momento y las circunstancias exactas en las que alguien traspasa la frontera de la delincuencia de ‘los ciudadanos’ para internarse en el mundo sin reglas de los ‘enemigos’ sociales”.

a un Derecho penal del enemigo que contrapone al Derecho penal del ciudadano¹⁷, si bien últimamente quiere relativizar dicha contraposición mediante una presentación del uno y del otro como “tipos ideales” que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro, pues, según él, en el Derecho penal del ciudadano existirían elementos del Derecho penal del enemigo y, viceversa, en éste último también habría elementos del primero¹⁸.

1. Fundamento, función y fines del Derecho penal del enemigo

El Derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos o infracciones de normas que llevan a cabo los individuos de un modo incidental y que son normalmente la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su *status* de ciudadanos¹⁹, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho. El delito de un ciudadano “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como deslízse reparable”²⁰, y por ello, concluye *Jakobs*, “el Estado moderno ve en el autor de un hecho —de nuevo, uso esta palabra poco exacta— *normal*, ... no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado —de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)— a equilibrar el daño en la vigencia de la norma”²¹. Esto es así cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, “como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”²². Por ello, en principio, “un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal”, pues éste, por un lado, “tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano”, y por otro lado, “tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad”²³.

No ocurre lo mismo en aquellos casos en que el autor demuestra o por lo menos revela con la comisión de determinados hechos que su comportamiento ya no es el propio de un ciudadano, esto es, ni siquiera el de un “ciudadano-delincuente”, sino más bien el de un “enemigo” hostil a la sociedad y al Derecho. Los enemigos son así individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y que, por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento²⁴. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades

¹⁷ Véase *Jakobs*, en *Estudios*, p. 298; *el mismo*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt*, pp. 51 s. y 53 s.; y *el mismo*, *Derecho penal del ciudadano, passim*, especialmente pp. 21 s., 33, 42.

¹⁸ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, pp. 21 s.: “no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal”, por lo que “tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”; véase, además, *loc. cit.* pp. 47 ss. (donde habla de “ciudadanos como enemigos”) y pp. 50 ss. (donde habla de “enemigos como personas”).

¹⁹ Véase *Jakobs*, en *Estudios*, p. 299: “en la medida en que haya relaciones sociales que pertenezcan al *status* de ciudadano, esas relaciones sociales pueden ser objeto de abuso, del mismo modo que se puede hacer mal uso de otros elementos de ese *status*”.

²⁰ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 35.

²¹ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, pp. 36 s.

²² Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 36.

²³ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 28.

²⁴ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt*, p. 52; *el mismo*, *Derecho penal del ciudadano*, pp. 39 s.

inequívocamente “delictivas”. Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc. y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada. Como aclara *Silva Sánchez*, “el tránsito del ‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas” y “en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo”²⁵.

Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, como asesinatos, lesiones, daños, extorsiones, etc., pero no son estos hechos los que constituyen la base de las regulaciones del Derecho penal del enemigo, pues en cuanto tales, los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente por los ciudadanos vinculados a y por el Derecho. Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones²⁶. Por otro lado, estas circunstancias fundamentarían respecto de los comportamientos de estos individuos un significado adicional de “negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia”²⁷, y, por ello, representarían “peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad”²⁸, o quebrantos de normas “respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son *especialmente vulnerables*, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual”²⁹. En definitiva, pues, los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal³⁰, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad³¹. Dicho de otro modo: “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal —determinado por derechos y deberes—, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo”³².

Puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos —esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico— es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí

²⁵ Véase *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, pp. 164 s.

²⁶ Véase, *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 52; *el mismo*, Derecho penal del ciudadano, p. 41; *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, pp. 164 s.

²⁷ Véase, en este sentido, *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, p. 165.

²⁸ Véase *Cancio Meliá*, JpD, n° 44 (2002), p. 22, quien no obstante pone en cuestión que se puedan poner en peligro los parámetros fundamentales de las sociedades; de nuevo, en el mismo sentido, *Cancio*, ¿Derecho penal del enemigo?, p. 95.

²⁹ Véase *Cancio Meliá*, JpD, n° 44 (2002), p. 22.

³⁰ Por comportamiento *personal* debe entenderse aquí aquél que está determinado por derechos y deberes, es decir, el que está motivado por las expectativas normativas del ordenamiento jurídico vigente; véase a continuación en el texto.

³¹ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, pp. 52, 53; *el mismo*, Derecho penal del ciudadano, pp. 36 s., 40, 41, 47; *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), pp. 598 s.; *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, pp. 164, 165.

³² Así *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 14.

resulta la necesidad —que no tiene ninguna alternativa posible³³— de configurar un Derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas³⁴. *Jakobs* considera necesaria esta diferenciación de un Derecho penal del enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del Derecho penal general a la noción del Estado de Derecho³⁵. “Quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho” —dice— “debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada³⁶. Y ya que “no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico”, entonces “la introducción de un cúmulo —prácticamente inabarcable ya— de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho³⁷. Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona jurídica³⁸ con arreglo al Derecho penal del ciudadano, la tarea —apenas comenzada— que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y separarlas del Derecho penal del ciudadano³⁹”.

En realidad, este llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inoquización⁴⁰. El fin principal del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya —como sucede en el Derecho penal general— de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean *eliminados* todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas⁴¹. El Derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la *exclusión* de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una *guerra* cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos⁴². “El Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, [mientras que] el Derecho penal de

³³ Aunque manifiesta reservas, *Silva Sánchez* entiende también que este Derecho penal del enemigo —que él denomina como “Derecho penal de tercera velocidad”— “es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable”; véase *Silva Sánchez*, *La expansión del Derecho penal*, pp. 163 s.

³⁴ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53.

³⁵ En el mismo sentido, *Silva Sánchez*, *La expansión del Derecho penal*, p. 166, se refiere una especialización del Derecho penal del enemigo como reacción frente a fenómenos excepcionales que “no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal ‘de la normalidad’”.

³⁶ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 42.

³⁷ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 48.

³⁸ Como veremos, la negación de la condición de persona al enemigo constituye el paradigma del discurso del Derecho penal del enemigo; cfr. *infra*.

³⁹ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53; y ya antes en *Estudios*, p. 323: “el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos”.

⁴⁰ Así *Silva Sánchez*, *La expansión del Derecho penal*, pp. 164 s.

⁴¹ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53; y en sentido parecido *Pérez del Valle*, *CPC* n° 75 (2001), p. 598.

⁴² Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53, y *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 33: “El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; [y] frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”; en sentido similar *Silva Sánchez*, *La expansión del Derecho penal*, p. 166: “expresión de una especie de ‘Derecho de guerra’” que se traduciría en “una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’”.

ciudadanos optimiza las esferas de libertad"⁴³. Mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros⁴⁴, y, por ello, en él "la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos"⁴⁵.

2. Los caracteres positivos típicos del Derecho penal del enemigo

La particular y distinta finalidad del Derecho penal del enemigo, tiene que dar lugar también, por fuerza, a una diferencia en sus principios constitutivos y en sus reglas operativas con respecto al Derecho penal del ciudadano. En concreto, en el Derecho penal del enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho penal de la normalidad⁴⁶. Estos principios y reglas propios del Derecho penal del enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado, y mediante su inocuización⁴⁷. Para hacer frente a los enemigos se recurre en las sociedades modernas a regulaciones jurídico-penales de tales características que permitirían identificarlas como típicas de un Derecho penal del enemigo en el sentido descrito⁴⁸.

A) Una primera manifestación del Derecho penal del enemigo está representada por aquellos tipos penales que dan lugar a una amplia anticipación de la punibilidad ya a momentos en que los actos realizados sólo tienen el carácter de *preparatorios* de hechos futuros⁴⁹. Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad (falta de seguridad cognitiva) y pueden ser caracterizadas por que su objeto no es ya la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho. Mediante tales tipos se procede a una criminalización de conductas que tienen lugar en el ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo⁵⁰, o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y

⁴³ Véase Jakobs, en Estudios, p. 298. Sobre esto, cfr. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, pp. 177 ss.

⁴⁴ Véase Jakobs, Derecho penal del ciudadano, p. 33, y para el Derecho procesal penal, loc. cit., p. 45: "de nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas".

⁴⁵ Véase Jakobs, Derecho penal del ciudadano, p. 40; también en sentido similar, ya antes, Dencker, StV, 1988, p. 264: "no se trata en primera línea del castigo de una causación reprochable de daño social, sino de la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye el hombre así definido como peligroso"; cfr. asimismo Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal, p. 164, si bien negando la naturaleza de penas a tales medios de aseguramiento cognitivo.

⁴⁶ Véase Naucke, Normales Strafrecht, pp. 81 ss., donde propone una renuncia a los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal desfavorable para la criminalidad de Estado.

⁴⁷ Véase Dencker, StV, 1988, p. 266, donde invoca la eficacia como base de legitimación de las regulaciones del Derecho penal del enemigo.

⁴⁸ Cfr., para los delitos de terrorismo en nuestro Derecho, Cancio Meliá, JpD, n° 44 (2002), pp. 23 ss.; *el mismo*, ¿Derecho penal del enemigo?, pp. 85 s.; y para los delitos de terrorismo, tráfico de drogas e inmigración ilegal, véase Portilla Contreras, en LH-Bacigalupo I, nota 1 de pp. 693 y pp. 708 s.

⁴⁹ Véase Jakobs, Estudios, pp. 298 s.; *el mismo*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 52; *el mismo*, Derecho penal del ciudadano, pp. 40, 48 ss.

⁵⁰ Véase Pérez del Valle, CPC n° 75 (2001), pp. 598 y 608 s., donde al comentar a Hobbes, explica esta anticipación de la punibilidad del siguiente modo: "este adelantamiento está relacionado directamente con la búsqueda de seguridad cognitiva: el cuerpo político no sabe quién es el individuo o los individuos que permanecen

alimentan su subsistencia y permanencia⁵¹. Y así se criminalizan, por ejemplo, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas (art. 576 CP)⁵² e incluso la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP)⁵³.

B) Una segunda característica que permitiría adscribir a una regulación al Derecho penal del enemigo, sería la de la desproporcionalidad de las penas⁵⁴, la cual tendría una doble manifestación. Por una parte, la criminalización de conductas en el ámbito previo, esto es, la punibilidad de actos preparatorios a que se ha hecho referencia, no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo⁵⁵. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones, a veces considerables, y por ello, en principio, desproporcionadas⁵⁶, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización⁵⁷.

C) Para el caso alemán, reconoce *Jakobs* también una manifestación típica del Derecho penal del enemigo en el hecho de que numerosas leyes penales alemanas de los últimos años se autodenominen abierta y precisamente como “leyes de lucha o de combate”, lo cual representa, según él, un “paso de la legislación penal a una legislación de combate”⁵⁸.

D) Un signo especialmente significativo para la identificación del Derecho penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible⁵⁹, es la considerable restricción de garantías y derechos *procesales* de los imputados⁶⁰. Así, se pone ya en cuestión hasta la presunción de

en estado natural y que ponen en peligro su propia subsistencia, y necesita identificarlos antes de que ese riesgo tenga lugar” y “para ello, necesita sancionar antes de que el concreto riesgo exista en la realidad”.

⁵¹ Véase, en el mismo sentido, sobre el tipo de colaboración con las finalidades de una organización terrorista, del art. 576 CP español, *Cancio Meliá*, JpD, n° 44 (2002), p. 25.

⁵² Cfr. *Cancio Meliá*, JpD, n° 44 (2002), pp. 24 s.

⁵³ Cfr. *Cancio Meliá*, JpD, n° 44 (2002), p. 26.

⁵⁴ Véase, sobre la inadmisibile desproporcionalidad de las penas introducida en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos, pp. 318 ss.

⁵⁵ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 52. Así, por ejemplo, el art. 576 CP establece para los actos preparatorios de colaboración con bandas armadas u organizaciones terroristas una pena de cinco a diez años de prisión y, además, multa de dieciocho a veinticuatro meses, que es superior a la de la tentativa de homicidio y a la de casi todos los tipos de lesiones consumadas. Sobre las nivelaciones punitivas —por tanto, desproporcionadas— entre preparación y consumación en los tipos relativos al tráfico de drogas, véase *Portilla Contreras*, LH-Bacigalupo I, p. 709 y nota 69.

⁵⁶ Sobre esto, sin embargo, cfr. *infra*, p. y nota

⁵⁷ Véase, por ejemplo, en nuestro Código, las agravaciones de la pena previstas con base en tal circunstancia para los delitos de blanqueo de capitales (art. 302), de defraudación a la Hacienda pública (art. 305.1, pfo. 2°, b) o a la Seguridad Social (art. 307.1, pfo. 2°, b), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5), o los relativos al narcotráfico (arts. 369.1.2ª y 3ª y 370, pfo. 1º, 2º).

⁵⁸ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, pp. 52 s.; *el mismo*, Derecho penal del ciudadano, pp. 38 ss., con cita de la relación de dichas leyes.

⁵⁹ De sismógrafo del Derecho penal liberal califica *Schulz* al Derecho procesal penal; véase *Schulz*, ZStW 112 (2000), p. 660. Por otro lado, no cabe duda sobre que es precisamente en el proceso penal donde la dignidad de la persona está más expuesta a sufrir atentados; cfr. así, *Gracia Martín*, Prólogo, p. 18.

⁶⁰ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 52; *el mismo*, Derecho penal del ciudadano, pp. 43 ss. *Pérez del Valle*, en el contexto de su interpretación de *Hobbes*, lo explica así: “la disminución de garantías procesales es una consecuencia necesaria de la propia configuración del derecho penal de enemigo”, ya que “en realidad, el proceso penal frente a enemigos no tiene como fin la imposición de una pena (*punishment*), sino la venganza

inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento⁶¹, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba⁶², se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación⁶³, se prescinde del —o se reinterpreta restrictivamente el— principio *nemo tenetur se ipsum accusare*⁶⁴, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines investigadores”⁶⁵, así como los de prisión preventiva, y ya en el plano teórico doctrinal se reivindica incluso la licitud de la tortura⁶⁶.

E) Finalmente, y aun cuando en la bibliografía no se hagan hasta ahora más que tímidas referencias⁶⁷, no deben perderse de vista determinadas regulaciones del Derecho *penitenciario* que, sin duda, constituyen exponentes típicos del Derecho penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos⁶⁸, que limitan los llamados beneficios penitenciarios⁶⁹, o que amplían los requisitos de la libertad condicional⁷⁰.

3. Resumen

Hasta aquí, se ha mostrado que una observación de las legislaciones penales actuales, tal y como reconoce unánimemente toda la doctrina que se ocupa del Derecho penal del enemigo, ya sea para justificarlo, ya sea para rechazarlo, no deja lugar a dudas sobre la existencia de regulaciones sustantivas y, sobre todo, procesales que presentan los rasgos que se ven como característicos de ese Derecho penal del enemigo. Por otra parte, de la doctrina hasta aquí expuesta no parece que pueda extraerse nada que vaya más allá de una descripción de los rasgos específicos y diferenciales de un Derecho penal del enemigo, ni de una explicación de sus principios y reglas particulares en función de la realidad a la que pretende hacerse frente y de las finalidades que se perseguirían con él. Todo esto, sin embargo, nada dice aún sobre la cuestión decisiva que plantea el Derecho penal del enemigo, la cual no es otra que la relativa a su legitimidad y admisibilidad en una sociedad democrática que deposita su poder en un verdadero Estado de Derecho. Desde luego, esta es una cuestión que, a mi juicio, no puede ser resuelta dentro del propio sistema del Derecho penal, pues lo único a lo que ahí podremos aspirar será —como, por lo demás, ya hemos alcanzado en lo expuesto hasta aquí— a encontrar, como un

(*revenge*), de tal modo que sería discutible que, para la venganza en el estado de guerra sean necesarias garantías; véase Pérez del Valle, CPC n° 75 (2001), p. 609.

⁶¹ Véase *Suckenbergs*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, pp. 42 ss.

⁶² Cfr. por ejemplo *Müssig*, GA 1999, pp. 121 ss.; *Lesch*, GA 2000, pp. 355 ss.

⁶³ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53; *el mismo*, Derecho penal del ciudadano, pp. 45 s.

⁶⁴ Véase *Lesch*, GA 2000, p. 368.

⁶⁵ Al respecto, véase *Portilla Contreras*, LH-Bacigalupo I, pp. 708 s. y nota 67.

⁶⁶ Así *Brugger*, JZ 2000, p. 165.

⁶⁷ Recientemente, sin embargo, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos, pp. 317 ss., lleva a cabo un acertado estudio monográfico y crítico de los aspectos estrictamente punitivos y penitenciarios del Derecho penal del enemigo cristalizados claramente en nuestro país en la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

⁶⁸ Véase, críticamente y con razón, sobre el denominado “periodo de seguridad” en caso de condenas superiores a cinco años de privativas de libertad, que impide la clasificación del condenado en el tercer grado hasta que no haya cumplido la mitad de la pena impuesta, introducida en nuestro Derecho (art. 36 CP) por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos, pp. 318 ss.

⁶⁹ Véase, sobre la restricción del acceso a beneficios penitenciarios, introducida en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos, pp. 329 ss.

⁷⁰ Véase, sobre ello tras la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos, pp. 332 ss.

mero dato, la existencia misma de unas disposiciones legales extraordinarias susceptibles de ser diferenciadas como Derecho penal del enemigo, y a formular explicaciones más o menos plausibles de ese carácter extraordinario y diferente de las mismas, pero no a encontrarles ni su razón transcendente ni su fundamento teórico. Para esto se precisa recurrir a algún referente externo al propio sistema. A mi juicio, debe indagarse y descubrir el paradigma en torno al cual sería posible construir legítimamente un Derecho penal del enemigo, el cual, por cierto tendrá que ser alguno distinto al que informa al Derecho penal ordinario.

Pues bien, de lo expuesto hasta ahora, parece poder deducirse sin esfuerzo que mientras el Derecho penal ordinario, esto es, el del ciudadano, sería un ordenamiento de *integración* y de cohesión de los miembros de la sociedad, el llamado Derecho penal del enemigo, por el contrario, sería un ordenamiento (¿jurídico?) orientado a la *exclusión* de ciertos individuos de la sociedad. Desde otra perspectiva: el Derecho penal del ciudadano sería un ordenamiento de *pacificación entre ciudadanos*, mientras que el Derecho penal del enemigo, sería uno de *guerra contra enemigos*. Ahora bien, el “enemigo” y la “guerra” son conceptos que parecen remitir únicamente a situaciones y relaciones entre Estados, pero no entre individuos ni entre Estados e individuos⁷¹. Entonces, entre individuos, entre los hombres, o entre un Estado y un individuo o grupo de individuos —así reza la pregunta que aquí es fundamental— ¿es posible distinguir y separar a ciudadanos de enemigos y, en consecuencia, tomar a unos y a otros como destinatarios de ordenamientos jurídicos diferentes? ¿Es posible la exclusión o la autoexclusión de un individuo de su *status* de ciudadano, o puede alguien —para emplear aquí la feliz expresión de *Cancio*— *apostatar* de ese *status*?⁷². A todas estas preguntas han respondido afirmativamente los defensores del Derecho penal del enemigo, los cuales quieren derivar de esa positividad el principio de legitimación del mismo.

Es preciso tener en cuenta, como un dato particularmente relevante, que la idea actual de un Derecho penal del enemigo no la ha formulado *Jakobs* a partir de la nada. Por el contrario, él parte ya de una sólida tradición que parece mostrar que la idea iusfilosófica y teórico-política del Derecho penal del enemigo constituye una constante histórica⁷³. Ciertamente, las ideas que expresan los textos hay que contextualizarlas históricamente. Pero es realmente llamativo que el discurso actual del Derecho penal del enemigo no ofrezca apenas nada nuevo con respecto al pasado histórico ni en los fundamentos ni en los programas de actuación frente a determinados tipos de delincuencia. Por eso, una penetración en la historia de las ideas jurídicas y políticas me parece sumamente interesante y útil en la medida en que la misma, como sucede en casi todo, pueda proporcionar elementos de juicio para una discusión verdaderamente científica, y no sólo

⁷¹ Así, por ejemplo, en *Rousseau*, El contrato social, Lib. I, cap. IV [pp. 10 s.]: “La guerra no es, pues, una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado, en la cual los particulares no son enemigos más que accidentalmente, no en cuanto hombres, si siquiera en cuanto ciudadanos, sino en cuanto soldados; no como miembros de la Patria, sino como sus defensores. En una palabra, los Estados sólo pueden tener como enemigos a otros Estados y no a hombres, puesto que entre cosas de diferente naturaleza no se puede establecer ninguna relación verdadera”. Sobre este texto de *Rousseau*, y precisamente en el contexto del discurso sobre el Derecho penal del enemigo, véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), pp. 602 s.

⁷² Esta es una cuestión que plantean como fundamental muchos de los críticos del Derecho penal del enemigo; véase, por ejemplo, *Cancio*, JpD n° 44 (2002), p. 23; *el mismo*, ¿Derecho penal del enemigo?, pp. 98 s.; *Laurenzo Copello*, RDPC n° 12 (2003), p. 456; *Díez Ripollés*, JpD n° 49 (2004), p. 37; *el mismo*, en RECPC 06-03 (2004), p. 24.

⁷³ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 25 ss., donde examina, por un lado, a *Rousseau* y a *Fichte*, de los cuales, sin embargo, se distancia, y, por otro lado, a *Kant* y, sobre todo, a *Hobbes*, cuyos discursos al respecto asume *in toto*. Véase también *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), pp. 597 ss., que centra su estudio en *Rousseau* y en *Hobbes*.

emocional, sobre el Derecho penal del enemigo⁷⁴. En lo que sigue, pues, se hace una exposición puramente descriptiva de las ideas históricas que parecen avalar la legitimidad de un Derecho penal del enemigo, lo cual me parece sumamente útil e ilustrativo, y por cierto, expondré alguna más de las que son invocadas en el discurso del Derecho penal del enemigo. Aquí no tomaré una posición detallada acerca de si los textos que se analizan a continuación permiten deducir realmente un discurso histórico del Derecho penal del enemigo. No obstante, dejaré planteados sobre la cuestión algunos de los interrogantes que trataré de resolver en una próxima investigación más extensa y completa sobre el Derecho penal del enemigo.

III. El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo

La vision del delincuente, o por lo menos de algunos tipos de delincuentes como “enemigos”, así como la idea de su *exclusión* de la sociedad y del Estado, no es en absoluto nada nuevo, sino algo muy antiguo y que ha permanecido a lo largo de la historia hasta nuestros días.

1. La exclusión del delincuente habitual en la sofística griega

La consideración del delincuente como un enemigo —o más concretamente, lo que viene a ser lo mismo: como un “*tumor canceroso* que debe ser *eliminado* del cuerpo político”⁷⁵— se puede entender presente ya en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V a. C.⁷⁶.

A) En la teoría penal de *Protágoras*

En el Diálogo *Protágoras*, Sócrates pregunta al sofista por qué los atenienses en sus asambleas consienten solo el parecer de técnicos en la materia cuando tratan de cuestiones de arquitectura o de navegación, mientras consideran capaz de emitir su opinión a cualquier persona cuando se trata de cuestiones políticas⁷⁷. *Protágoras* responde con un mito, el “mito de Prometeo”⁷⁸. En el reparto de las capacidades necesarias para subsistir, Epimeteo había dado todas a los animales y no había dotado de ninguna a los hombres⁷⁹. Los animales están especializados y han recibido de la Naturaleza lo necesario para su existencia, pero el hombre es un ser defectuoso sin protección natural⁸⁰. Es cierto que Prometeo, al proporcionarle el don de la técnica y del fuego habría puesto la base para el bienestar corporal del hombre, pero como a éste le faltaba el arte de la política, los hombres no acertaban en principio a constituir asociaciones políticas⁸¹. Entonces, para salvarlos de la destrucción total, Zeus les envió, por medio de Hermes,

⁷⁴ Por ello, a parte de sorprendente, me parece completamente rechazable la opinión de *Ramos Vázquez*, en el sentido de que no tenga demasiado interés la búsqueda de raíces a la construcción jakobsiana; véase *Ramos Vázquez*, *Del otro lado del espejo*, p. 93.

⁷⁵ Véase *Guthrie*, *Historia de la Filosofía griega* III, p. 75.

⁷⁶ Sobre la teoría del pacto social en la sofística griega, en detalle, véase *Guthrie*, *Historia de la Filosofía griega* III, pp. 139 ss.

⁷⁷ Véase *Protágoras* 319b-d [pp. 521 s.]

⁷⁸ Sobre la teoría del contrato social, que incluye una teoría del Derecho penal, en el mito de Prometeo, véase *Solana Dueso*, *El camino del ágora*, pp. 95 ss.

⁷⁹ Véase *Protágoras* 320d-e, 321a-c [pp. 524].

⁸⁰ Véase *Welzel*, *Introducción*, p. 8.

⁸¹ Véase *Welzel*, *Introducción*, p. 8. *Protágoras* 322b [p. 526]: los hombres, “ya intentaban reunirse y ponerse a salvo con la fundación de ciudades; pero, cuando se reunían, se atacaban unos a otros, al no poseer la ciencia política; de modo que de nuevo se dispersaban y perecían”.

el sentido moral y la justicia, pero de modo que, a diferencia de lo que ocurre con las demás técnicas, se repartieran por igual entre todos. Ahora bien, la disposición natural para el sentido moral y para la justicia debe ser desarrollada convenientemente por medio de la educación: primero por la enseñanza de los niños y después por el estudio de las leyes⁸². Y puesto que nunca podrían existir comunidades humanas si no participaran todos en igual medida del sentido moral y de la justicia, por esta razón debe regir “*que al incapaz de participar del honor y la justicia*” —así lo ordena Zeus— “*lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad*”⁸³. Como es sabido, Protágoras rechaza cualquier sentido retributivo del castigo y asigna a éste únicamente finalidades disuasorias y pedagógicas⁸⁴. No obstante, para quien no obedezca aun a pesar de haber sido castigado y enseñado (delincuente habitual), propone que se le expulse de la ciudad o que se le dé muerte como si se tratase de un incurable⁸⁵. Es decir, para este caso, Protágoras propone que el castigo se aparte de sus fines ordinarios de disuasión y educación, y que —como en el caso de los postulados actuales del Derecho penal del enemigo— el mismo se oriente sólo a la neutralización o inocuización del delincuente⁸⁶.

B) El sofista del Anónimo de Jámblico: riesgo e inseguridad cognitiva en el estado de ilegalidad

El sofista del *Anónimo de Jámblico* formula claramente una teoría de la fundación de la sociedad como consecuencia de la necesidad que fuerza a los hombres a renunirse (pacto social). Ahora bien, sólo la sumisión a la ley, o sea, el estado de legalidad, hace posible la vida en común. “Si los hombres” —dice— “nacieron naturalmente incapacitados para vivir aislados como individuos, y hubieron de reunirse unos con otros, cediendo a la necesidad y todos los aspectos de su vida así como las invenciones prácticas han sido inventados por ellos con vistas a aquella necesidad, y, puesto que, por otro lado, no sería posible la convivencia de unos con otros, así como tampoco una existencia que no estuviera presidida por las leyes —en tal caso, se derivaría para ellos un daño mayor que el de la existencia individual—, por todas estas condiciones ineludibles, la ley y lo justo reinan entre los hombres y de ningún modo podrían ser abolidas”⁸⁷. Para este sofista anónimo, el estado de legalidad es uno de los bienes supremos, pues “una legalidad debidamente establecida origina la *confianza* que produce grandes beneficios a toda la colectividad”⁸⁸. El estado de ilegalidad, por el contrario, es uno en que, porque en él reinan la *desconfianza* y el *riesgo permanente*⁸⁹, falta la seguridad cognitiva de los comportamientos

⁸² Véase Welzel, Introducción, p. 8.

⁸³ Véase Protágoras 322d, [p. 527]. Otras traducciones del texto, por ejemplo, en Welzel, Introducción, p. 8 (“debe ser extirpado como un tumor del cuerpo social”) y en Guthrie, Historia de la Filosofía griega III, p. 75 (“se le deberá eliminar como si fuera un tumor canceroso en el cuerpo político”).

⁸⁴ Véase Protágoras 324b [p. 529]: “pero el que intenta castigar con razón no se venga a causa del crimen cometido —pues no se lograría hacer que lo hecho no haya acaecido—, sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni éste mismo ni otro, al ver que éste sufre su castigo. Y el que tiene ese pensamiento piensa que *la virtud es enseñable*. Pues castiga, a efectos de *disuasión*” (cursivas mías). Sobre la teoría de la pena de Protágoras, véase Rossner, Recht und Moral bei den griechischen Sophisten, pp. 71 ss.

⁸⁵ Véase Protágoras 325a [p. 530]: “al que no participe es preciso enseñárselo y castigarle, tanto si es niño, como si es hombre o mujer, hasta que por medio del castigo se haga mejor, y al que no obedezca, por más que se le castigue y enseñe, hay que echarle de la ciudad o matarle como si se tratase de un incurable”.

⁸⁶ Véase, en este sentido, Rossner, Recht und Moral bei den griechischen Sophisten, p. 74; también E. Wolf, Griechisches Rechtsdenken II, p. 52.

⁸⁷ Véase Anónimo de Jámblico, fragmento 6 n.m. 1 [pp. 452 s.].

⁸⁸ Véase Anónimo de Jámblico, fragmento 7 n.m. 1 [p. 454] (cursiva mía).

⁸⁹ Véase Anónimo de Jámblico, fragmento 7 n.m. 9 [p. 455]: “la buena fortuna, de hecho, no está exenta de riesgos en un estado de ilegalidad, sino que es objeto de insidias, en tanto que no se aparta la desventura, sino que se la refuerza por causa de la desconfianza y la falta de relaciones comerciales”.

personales, y en el cual, por ello, los hombres experimentan el temor y el miedo que son originados por la inseguridad⁹⁰. Por esto, y puesto que “los hombres no son capaces de vivir sin leyes ni justicia”⁹¹, a quienes no se someten a la ley les sobreviene la *guerra* que conduce a la sumisión y a la esclavitud con más frecuencia que a quienes se rigen por una recta legalidad⁹².

C) Tomás de Aquino y la equiparación de los pecadores con los animales

También en la escolástica medieval se encuentran referencias a la pérdida de *status* de ciertos hombres con la consecuencia de que los mismos puedan ser excluidos o eliminados de la comunidad. *Tomás de Aquino*, concretamente, habla ocasionalmente de la dignidad humana, pero entiende que ésta no la posee el hombre en cuanto ser éticamente libre, sino únicamente el hombre virtuoso. El “pecador”, en cambio, carece de esa dignidad y “puede ser muerto [por el Estado] como un animal (*velut bestia*)”⁹³.

D) El Derecho penal del enemigo en la filosofía moderna

La visión del que demuestra con sus hechos que no es capaz de regirse por el Derecho, como un individuo que, por ello mismo, tiene que ser expulsado de la sociedad, aparece constantemente en la filosofía ética y política premoderna y moderna, pero aquí ya con un mayor desarrollo que parece anticipar los actuales fundamentos teóricos que se proponen por los partidarios del Derecho penal del enemigo. En particular, se trata de la idea de que el delincuente, o por lo menos determinados delincuentes, no tienen el *status* de ciudadano o la condición de *persona*, y, por ello, no son acreedores de que el ordenamiento jurídico defienda sus intereses.

a) El delincuente como “enemigo” en *Rousseau*

Rousseau, en principio, parece reconocer como “enemigos”, negándoles la condición de personas morales o de ciudadanos, por lo menos a determinados delincuentes⁹⁴. “Además” – decía – “todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser separado de aquél mediante el destierro, como infractor

⁹⁰ Véase *Anónimo de Jámblico*, fragmento 7 nn.mm. 10-11 [pp. 455 s.]: “la guerra movida desde el exterior estalla con mayor frecuencia al igual que la *discordia civil*, por la misma causa, y, en caso de que no se haya producido antes, acontece en esta situación: sucede que están permanentemente en conflictos políticos, a causa de las insidias que se tienden unos a otros y que son la razón de que vivan precaviéndose de ellas y tramando otras en venganza. Y ni despiertos tienen pensamientos placenteros ni, cuando se acogen al sueño, encuentran un refugio dulce, sino lleno de angustia, y el despertar, *dominado por el miedo y el sobresalto*, devuelve al hombre a imprevisibles recuerdos de sus males” (cursivas mías).

⁹¹ Véase *Anónimo de Jámblico*, fragmento 7 n.m. 13 [p. 456].

⁹² Véase *Anónimo de Jámblico*, fragmento 7 nm. 6 [p. 455].

⁹³ Sobre ello, véase *Welzel*, Introducción, p. 146 n. 113.

⁹⁴ Véase sobre las posibilidades de una interpretación de los textos roussonianos en ese sentido, *Pérez del Valle*, CPC, n° 75, 2001, pp. 597 ss.; y también *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 26 s.

del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido”⁹⁵.

b) Fichte y la equiparación del reo de asesinato premeditado a una “cabeza de ganado”

De modo similar, en sus Fundamentos de Derecho Natural *Fichte* formula la siguiente tesis: “quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos”⁹⁶. El ciudadano posee derechos positivos únicamente bajo la condición de que los derechos de todos los demás ciudadanos estén seguros ante él, y si este no es el caso, ya sea porque su voluntad sea una resueltamente contraria al derecho, ya sea por su imprudencia, entonces el contrato resulta anulado y ya no existe ninguna relación jurídica entre ambas partes. “Todo delito” —concluye *Fichte*— “excluye del Estado”, y, por ello, “el delincuente queda fuera de la ley, es decir, que su seguridad está tan poco garantizada como la de un pájaro, *exlex, hors de la loi*” y “esta exclusión tendría que ser ejecutada por el Estado”⁹⁷. No obstante, *Fichte* quiere atemperar este rigor, y para ello vuelve la mirada al interés del Estado en la conservación de sus ciudadanos, así como también al interés de los ciudadanos en no ser privados de derechos, y a partir de estas consideraciones declara oportuno reemplazar la exclusión de la que en rigor es merecedor todo delito por otras penas. Este reemplazo lo ve posible mediante la conclusión de un *contrato de expiación* entre todos que se convertiría en una norma para el poder ejecutivo, y en virtud del cual todos se prometen no excluir al delincuente del Estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera⁹⁸. Ahora bien, según *Fichte*, ese objeto del contrato de expiación, es decir, el reemplazo de la exclusión del delincuente y de la pérdida absoluta de sus derechos por otras penas, está siempre condicionado a que “con ello pueda mantenerse la seguridad pública, ... [a que] ello sea compatible con la seguridad pública”⁹⁹, pues extenderlo más allá de estos límites sería “injusto y contrario a la razón”¹⁰⁰. Este contrato de expiación, sin embargo, no rige en ningún caso para el reo de asesinato intencional y premeditado, con el cual debe procederse sin dilaciones a su exclusión absoluta¹⁰¹. En este caso, se anula el contrato ciudadano (social), y en virtud de ello el asesino queda privado absolutamente de todo derecho; el Estado, ciertamente, y por ello mismo, tampoco tiene ningún derecho a lo que haga de más contra el asesino. De aquí, entonces, resulta “el tratamiento completamente arbitrario del condenado; [porque] no [es] que se tenga un derecho a esto, sino que tampoco hay derecho *para lo contrario*; es decir, que al condenado se le declara ser una cosa, una cabeza de ganado”¹⁰².

c) Kant y la licitud de hostilidades contra los que se encuentran en estado de naturaleza, es decir: contra los enemigos

También en *Kant* pueden encontrarse afirmaciones que apuntan a la consideración de algunos individuos como enemigos. En su escrito *Sobre la paz perpetua*, contrapone el estado de

⁹⁵ Véase *Rousseau*, El contrato social, Lib. II, cap. V [pp. 34 s.].

⁹⁶ Véase *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, § 20 [p. 253].

⁹⁷ Véase *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, § 20 [p. 254].

⁹⁸ Véase *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, § 20 [pp. 254 s.].

⁹⁹ Véase *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, § 20 [p. 255].

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Véase *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, § 20.V [p. 271].

¹⁰² Véase *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, § 20.V [p. 272].

naturaleza (*status naturalis*) al estado de paz entre hombres que viven juntos o entre pueblos o Estados que se relacionan con otros, el cual sólo puede ser garantizado mediante la *instauración* de un estado *legal*, es decir, de una Constitución jurídica según el *derecho político* de los hombres en un pueblo (*ius civitatis*) y según el *derecho de gentes* de los Estados en sus relaciones mutuas (*ius gentium*)¹⁰³. El estado de naturaleza es un estado de *guerra* en el cual existe una constante amenaza aun cuando no se hayan declarado las hostilidades. La instauración de un estado legal, que debe liberar del estado de guerra propio del estado de naturaleza, proporciona una garantía de paz en la medida en que los individuos se ofrezcan *seguridad* unos a otros¹⁰⁴. “Por el hecho de haber ingresado en este estado” —dice Kant— “uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos)”¹⁰⁵. En este estado *legal*, por lo tanto, solamente se podrá hostilizar a quien realmente haya *lesionado* ya de hecho a otro¹⁰⁶. Ahora bien, según Kant, como un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de aquella necesaria seguridad, con esto “*me está lesionando ya*, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí”¹⁰⁷. Entonces, “si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado *legal*), cada uno puede considerar como *enemigo* a quien le haya exigido esa seguridad”¹⁰⁸, y por ello “yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado”¹⁰⁹. Según Kant, pues, se puede considerar *enemigos* a quienes, o bien no han entrado en el estado civil-legal (*ciudadano*)¹¹⁰, o bien lo han abandonado, y, de estos modos, permanecen en el estado de naturaleza o regresan a él. El estado de naturaleza representa una constante amenaza, es un estado de *peligrosidad* del individuo que se encuentra en él porque no ofrece a los demás —para expresarlo de un modo actual— la suficiente *seguridad cognitiva de un comportamiento personal*. La mera circunstancia de encontrarse un hombre en estado de naturaleza le convierte en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la hostilidad contra él aun cuando no haya realizado una lesión de hecho, pues “la [mera] omisión de hostilidades [por él] no es todavía garantía de paz”¹¹¹.

d) *Hobbes* y la diferenciación entre un Derecho penal (civil) para malos ciudadanos y el derecho de guerra (natural) contra los enemigos

Sin embargo, en esta incursión histórico-ideológica, tal vez sea en *Hobbes* donde podamos encontrar la diferenciación de un Derecho Penal del enemigo con perfiles tan definidos que permitirían ver una anticipación del discurso del presente¹¹². Así como en la sofística griega, en Rousseau, en Fichte e incluso en Kant, no está resuelto ni dicho de un modo expreso quiénes

¹⁰³ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14 y nota 3 de pp. 14-15.

¹⁰⁴ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14: “El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz”, y el que un vecino dé seguridad a otro sólo puede tener lugar “en un estado *legal*”.

¹⁰⁵ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14 nota 3.

¹⁰⁶ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14 nota 3: “se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado *civil-legal*”.

¹⁰⁷ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14 nota 3 (cursiva mía).

¹⁰⁸ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14 (cursiva de *enemigo* mía; la de *legal* es del propio Kant)

¹⁰⁹ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14 nota 3.

¹¹⁰ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 15 nota 3, apartado 3.

¹¹¹ Véase Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14.

¹¹² Así también Pérez del Valle, CPC, n° 75, 2001, p. 607: “Hobbes contempla, por ello, un derecho penal de enemigo en el mismo sentido en el que la dogmática moderna discute sobre su existencia”.

son los delincuentes a quienes habría que negarles la condición de persona o de ciudadano y tratarlos como enemigos —es decir, si a todos o sólo a algunos¹¹³—, esta cuestión sí parece estar resuelta expresamente en *Hobbes*¹¹⁴. Por esto, merece la pena detenerse en el discurso de *Hobbes* y exponer con cierto detalle algunos de sus objetos y enunciados, pues el paralelismo de la distinción que hace entre derecho civil y derecho de guerra, y los argumentos con que la justifica, difieren muy poco de lo que es objeto del debate actual. Para *Hobbes*, los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual la característica más sobresaliente, expresándolo con terminología moderna, sería la falta de seguridad cognitiva¹¹⁵.

Para *Hobbes*, el bien supremo del hombre es su propia existencia¹¹⁶, la cual no está asegurada en el estado de naturaleza, sino en permanente peligro. Por ello, observa *Welzel*, la idea central de la teoría del Derecho natural de *Hobbes* es la de “constituir un orden verdadero en la tierra, que, al menos, asegure la existencia de todos”¹¹⁷. En efecto, la naturaleza habría hecho a todos los hombres iguales tanto en las facultades del cuerpo como en las del alma¹¹⁸. Por esta razón, en el estado de naturaleza, faltando un poder superior que limite la libertad de los hombres, todos tienen derecho a todo¹¹⁹, y, de este modo, cada uno de los hombres tiene derecho incluso a disponer del cuerpo de su prójimo¹²⁰. La igualdad natural de todos los hombres y el derecho común de todos a todo, sin embargo, es la causa de que el estado de naturaleza sea uno de guerra de todos contra todos y, por ello, de que todos los hombres se muestren entre sí como enemigos¹²¹. En dicho estado no hay nada injusto porque no hay ley¹²². Pero en el estado de naturaleza ningún hombre tiene garantizada la conservación de su existencia. Cada uno trata de poseer y de realizar todo aquello que considera necesario para preservar su existencia y de conseguir todo aquello que le resulta bueno y útil¹²³. La felicidad, en particular, sólo puede ser entendida como un continuo progreso en el deseo, como un continuo pasar de un objeto a otro, pues un hombre cuyos deseos ya hubieran sido colmados y cuyos sentidos e imaginación, por ello, hubieran quedado estáticos, ya no podría vivir¹²⁴. De ahí que la primera inclinación natural

¹¹³ Véase, *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 26 y 29, quien entiende que para Rousseau y Fichte, son enemigos “todos” los delincuentes. Por el contrario, *Pérez del Valle* [CPC, n° 75, 2001, p. 599, pero cfr., no obstante, p. 604], a mi juicio con razón, aclara que “es evidente que Rousseau no se refiere a cualquier delincuente, en cuanto alude a la pena de muerte o al exilio”, por lo que habrá que entender que se tratará de delincuentes que cometan “delitos graves, en los que, con toda probabilidad se encuentran los delitos denominados de lesa majestad; es decir, aquellos que significan infracciones esenciales del contrato social como pacto de naturaleza política”. Lo mismo, a mi juicio, parece que hay que entender en el caso de *Fichte*.

¹¹⁴ Así, *Pérez del Valle*, CPC, n° 75, 2001, pp. 605 ss., especialmente pp. 607 ss.; *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 28 ss., 34 ss.

¹¹⁵ Así *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 607: “*Hobbes* contempla, por ello, un derecho penal de enemigo en el mismo sentido en el que la dogmática moderna discute sobre su existencia”, pues para él, “el problema se situaba en una idéntica falta de seguridad cognitiva a la que caracterizaba el estado de naturaleza”.

¹¹⁶ Así en *Hobbes*, De homine, cap. XI, 6 (“bonorum autem primum est sua cuique conservatio”), cit. apud *Welzel*, Introducción, p. 120 y nota 26.

¹¹⁷ Véase *Welzel*, Introducción, p. 118.

¹¹⁸ Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 13 [pp. 113 s.] y El ciudadano, cap. I, 3 [p. 17]: “los hombres son por naturaleza iguales entre sí”.

¹¹⁹ Véase *Hobbes*, El ciudadano, cap. I, [p. 19], donde añade que “en el estado de naturaleza a todos les es lícito tener y hacer cualquier cosa” y “esto es lo que suele significarse cuando se dice: la naturaleza dio todo a todos”.

¹²⁰ Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 14 [p. 120].

¹²¹ Véase *Hobbes*, El ciudadano, cap. I, 4 ss. [pp. 17 ss.] y Leviatán, cap. 13 [p. 115].

¹²² Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 13 [p. 110]: “de esta guerra de cada hombre contra cada hombre se deduce también esto: que nada puede ser injusto”, pues “no hay un poder común, no hay ley; y donde no hay ley, no hay injusticia”; vid., además, El ciudadano, cap. I, 10 [p. 19].

¹²³ Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 13 [pp. 114 s.; El ciudadano, cap. I, 5 ss. [pp. 17 s.].

¹²⁴ Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 11 [p. 93].

Estado en un momento posterior al de la constitución de la sociedad, pues el acuerdo o el contrato constitutivo de ésta no basta para garantizar la seguridad y la conservación de la existencia. Como observa *Welzel*, “el Estado es la resultante de las dos fuerzas determinantes en el hombre: del ansia de poder, que lleva a la guerra de todos contra todos, y del miedo recíproco que provoca este *bellum omnium contra omnes*”. En efecto, “el temor [de carácter centrífugo] lleva a los hombres a mantener aquella distancia en que el choque producido por el ansia de poder de todos [de carácter centrípeto] no pone en peligro la existencia de cada uno”, y de esta suerte, “el Estado es una institución coactiva, nacida del temor y destinada a reprimir las fuerzas destructoras del hombre”¹³⁸. Pero, ¿por qué razón, y en qué modo, ha de ser el Estado la institución competente para esto?.

La condición de la posibilidad de salir del estado de naturaleza es la observancia por los hombres de las leyes de la naturaleza, que son leyes de la razón. La primera y fundamental de estas leyes es “que hay que buscar la paz donde pueda darse; y donde no, buscar ayudas para la guerra”¹³⁹. Ahora bien, de esta primera ley fundamental de naturaleza, se deriva necesariamente una segunda, conforme a la cual ya “no debe mantenerse el derecho de todos a todo, sino que algunos derechos *deben transferirse o se debe renunciar* a ellos”, pues de lo contrario seguiría la guerra¹⁴⁰. Este no hacer uso de su derecho a todo, implica que el hombre “ha de contentarse con tanta libertad en su relación con los otros hombres, como la que él permitiría a los otros en su trato con él”¹⁴¹, es decir, supone una autolimitación voluntaria de su libertad absoluta. Con el fin, pues, de realizar la primera ley de naturaleza —la búsqueda de la paz— los hombres renuncian a su derecho a todo y se transfieren mutuamente partes de ese derecho¹⁴². En esencia, objeto del derecho cedido con ese fin por cada hombre a los demás, mediante renuncia o transferencia, es “*privarse de la libertad* de impedir que otro se beneficie de lo mismo a lo que él tiene su derecho propio”¹⁴³. La transferencia mutua de un derecho se llama *contrato*, pero cuando la entrega de la cosa que es objeto del derecho se difiere a un momento futuro, aquél se denomina, de un modo más específico, *pacto o convenio*; entonces, “se dice que el que cumple en un tiempo futuro cuando se ha confiado en él, ha *guardado su promesa*; y si hay una voluntaria falta de cumplimiento, se dice que ha incurrido en una *violación de confianza*”¹⁴⁴. Es evidente que sólo es válida una cesión de derechos cuando es voluntaria, y en el caso específico de la transferencia la voluntariedad debe darse tanto en el transferente como en el adquirente¹⁴⁵. Por esta razón, entiende *Hobbes* que toda renuncia o transferencia de un derecho significa, para el hombre que así ha procedido, la constitución de una *obligación* de “no impedir que aquéllos a quienes se ha

¹³⁸ Véase *Welzel*, Introducción, p. 120.

¹³⁹ Véase *Hobbes*, El ciudadano, cap. II, 2 [p. 23]; en *Leviatán*, cap. 14 [p. 120], aclara que “la primera parte de esta regla contiene la primera y fundamental ley natural, que es ésta: *buscar la paz y mantenerla*. En la segunda parte se resume el derecho natural: *defendernos con todos los medios que estén a nuestro alcance*”.

¹⁴⁰ Véase *Hobbes*, El ciudadano, cap. II, 3 [pp. 23 s.]: por ello, “obra contra las razones de la paz, esto es, contra la ley de la naturaleza el que no cede su derecho a todo”; *Leviatán*, cap. 14 [p. 120].

¹⁴¹ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 14 [p. 120].

¹⁴² Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 17 [p. 153]: “la causa final, propósito o designio que hace que los hombres —los cuales aman por naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás— se impongan a sí mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en Estados, es el procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata”.

¹⁴³ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 14 [p. 120], donde aclara al respecto, que “aquel que renuncia a su derecho no está dando a otro un derecho que antes no poseía, pues no hay nada a lo que todo hombre no tenga derecho por naturaleza; lo único que está haciendo es quitarse a sí mismo de en medio, para que el otro disfrute de su propio derecho original, sin que de él provenga ningún impedimento, aunque puede haber impedimentos causados por otros. De manera que el efecto que redunde en beneficio de un hombre al renunciar otro a su derecho, es sólo una disminución de los impedimentos que estorban al primero para ejercer su derecho original”; vid., también, El ciudadano, cap. II, 4 [p. 24].

¹⁴⁴ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 14 [p. 122].

¹⁴⁵ Véase *Hobbes*, El ciudadano, cp. II, 5 [p. 24].

concedido o dejado ese derecho, se benefician de él; y que *debe*, y es su *deber*, no anular ese acto suyo que ha realizado por propia voluntad; y que si causa algún impedimento, incurre en *injusticia e injuria*, pues está ya *sine iure* al haber renunciado o transferido antes su derecho”¹⁴⁶. Por otra parte, de la ley natural que obliga a los hombres a transferir a otros derechos que si fueran retenidos impedirían la paz de la humanidad, se deriva a su vez una tercera ley natural conforme a la que “los hombres deben cumplir los convenios que han hecho”, pues sin esta ley “los convenios se hacen en vano y sólo son palabras vacías; y como de ese modo permanece el derecho de todos los hombres a todas las cosas, nos encontramos aún en un estado de guerra”¹⁴⁷.

No obstante, el pacto entre los hombres de cumplir con las leyes naturales no garantiza por sí mismo dicho cumplimiento ni, por ello, la seguridad en la conservación de su existencia. Las leyes de naturaleza son en sí mismas contrarias a las pasiones naturales de los hombres¹⁴⁸ y, por ello, “no proporcionan la seguridad de su observancia por el solo hecho de que se las conozca”¹⁴⁹. Y, por otro lado, los pactos o convenios son sólo palabras que no tienen fuerza suficiente para dar a un hombre la menor seguridad¹⁵⁰. Esta seguridad que debe proporcionar el cumplimiento del pacto, esto es, el ejercicio necesario de la ley natural, sólo puede quedar garantizada por medio de que “todos se procuren las ayudas convenientes para que la invasión de los otros se vuelva tan peligrosa que consideren más acertado abstenerse de luchar que empeñarse en ello”¹⁵¹. No obstante, tal seguridad no podrían proporcionarla, ni un acuerdo en que sólo participaran dos o tres hombres, ni tampoco una unión formada por una multitud de hombres en la cual, sin embargo, cada uno utilizara sus fuerzas a su manera y en que sus acciones estuvieran dirigidas por los juicios y apetitos particulares de cada uno¹⁵². Pues bien, para poder conservar la paz y defenderse de forma estable, “se requiere que la *voluntad* de todos sea *una sola* en lo que respecta a lo necesario para la paz y la defensa”¹⁵³, y el único modo de erigir ese poder común es que todos y cada uno de los hombres confíen “todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad”¹⁵⁴, de tal modo que “en lugar de la voluntad de todos y cada uno haya de prevalecer lo que él quiera en lo referente a las cosas necesarias para la paz común”¹⁵⁵. Una multitud unida de ese modo es lo que constituye el *Estado* o la *sociedad civil*¹⁵⁶. El fundamento del Estado radica en el *pacto de sumisión* de las voluntades de todos a la voluntad de un solo hombre o de una asamblea. Mediante un pacto ante los demás, todos y cada uno de los ciudadanos *transfieren* toda su fuerza y su poder al Estado, lo que equivale a una

¹⁴⁶ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 14 [p. 121].

¹⁴⁷ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 15 [p. 131]; *El ciudadano*, cap. III, 1 [pp. 31 s.]: “la ley natural ordena, como algo necesario para conseguir la paz, que todos se transfieran mutuamente ciertos derechos, y esto se llama pacto siempre que se dé esa transferencia; esto puede conducir a la paz, en cuanto hagamos u omitamos aquello que acordamos hacer u omitir; ya que los pactos serían vanos si no se cumplieran”.

¹⁴⁸ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 17 [p. 153].

¹⁴⁹ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 1 [p. 50]: pues “los hombres, cuando ven que de la violación de las leyes van a obtener un *bien mayor* o un *mal menor* que de su observancia, las violan sin dificultad”.

¹⁵⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 17 [p. 153]; *El ciudadano*, cap. VI, 4 [p. 57].

¹⁵¹ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 3 [p. 51].

¹⁵² En el primer caso porque, dada su escasez, a la otra parte le bastaría con añadir unos pocos hombres para conseguir una victoria cierta e indudable, y ello le dará ánimo para atacar; y en el segundo caso, en primer lugar, porque distraídos con sus propias opiniones y empleando su energías en disputas sobre cómo hacer mejor uso y aplicación de su fuerza, no se ayudan mutuamente, sino que se entorpecen unos a otros y sólo logran que sus fuerzas se reduzcan a nada, y en segundo lugar, porque cuando ya no haya enemigo común, terminarán haciéndose la guerra entre ellos mismos por causa de sus respectivos intereses particulares; véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 3-4 [p. 51] y *Leviatán*, cap. 17 [pp. 154 s.].

¹⁵³ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 6 [pp. 52 s.].

¹⁵⁴ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 17 [p. 156].

¹⁵⁵ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 6 [p. 53].

¹⁵⁶ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 9 [p. 53] y *Leviatán*, cap. 17 [pp. 156 s.].

renuncia al derecho de oponerse en virtud de la cual cada uno se *obliga* a *no resistir* a la voluntad de aquel hombre o asamblea a la que se ha sometido¹⁵⁷.

Puesto que la propia existencia es el bien supremo del hombre, y ella es la que se encuentra en permanente peligro en el estado de naturaleza, la *protección*, o sea, proporcionar a los hombres la *seguridad* necesaria para garantizar aquella existencia es el fin del Estado¹⁵⁸. Por ello, el único fin de la obediencia al Estado es la protección (*oboedientiae finis est protectio*)¹⁵⁹, y ello es así hasta el punto de que ese deber de obediencia al Estado termina allí donde éste ya no tenga poder para proteger, pues el “derecho que por naturaleza tienen los hombres de protegerse a sí mismos cuando nadie puede protegerlos, es un derecho al que no puede renunciarse mediante convenio alguno”¹⁶⁰. Para *Hobbes*, el Estado y su Derecho —observa *Welzel*— cumplen su cometido esencial si son capaces de oponer al *bellum omnium contra omnes* un orden que garantice la existencia de los ciudadanos¹⁶¹. Para la superación del estado de guerra de todos contra todos, que ha de conducir a la paz, el Estado ha de dispensar a sus ciudadanos la protección y la seguridad que constituyeron precisamente el motivo de su renuncia a su derecho a todo y de su transferencia de algunos de sus derechos y, de ese modo, de la fundación del Estado¹⁶². Éste cumple esta función de protección, en primer término, mediante la promulgación de *leyes civiles*. Puesto que la guerra de todos contra todos tiene su causa en controversias y disputas que “nacen por la diferencia de opiniones entre los hombres acerca de lo *mío* y lo *tuyo*, de lo *justo* y lo *injusto*, de lo *útil* e *inútil*, de lo *bueno* y lo *mal*, de lo *honesto* y lo *deshonesto* y cosas semejantes que cada uno estima según su propio juicio, corresponde al mismo poder supremo presentar unas reglas o medidas comunes para todos, y declararlas públicamente, por las cuales todos puedan saber qué es lo que se ha de llamar *suyo* y *ajeno*, qué *justo* e *injusto*, qué *honesto* y *deshonesto*, qué *bueno* y *mal*, en suma, qué ha de hacerse y qué ha de evitarse en la vida en común”; a tales reglas se las llama *leyes civiles*, y consisten en “*mandatos* de quien está investido del poder soberano en el Estado acerca de las acciones futuras de los *ciudadanos*”¹⁶³. El fin de las leyes civiles es limitar la libertad natural de los hombres para evitar que se hagan daño

¹⁵⁷ Véase *Hobbes*, El ciudadano, cap. V, 7 [p. 53] y Leviatán, cap. 17 [p. 157]. Téngase en cuenta, no obstante, que *Hobbes* reconoce junto a ese contrato de sumisión que fundamenta al que él llama Estado *político* o por *institución*, una sumisión a otro por la fuerza de éste o por el miedo que se le tiene, la cual da lugar a un Estado al que llama *natural* y caracteriza como *paternal* y *despótico*; véase El ciudadano, cap. V, 12 [p. 54] y Leviatán, cap. 17 [p. 157]. Por otro lado, hay que tener en cuenta también que para la institución del Estado mediante pacto o convenio, basta la voluntad de la *mayoría*, lo cual significa que también estarán sometidos al Estado los que hayan votado en contra, y si alguien no quisiera aceptar el acuerdo, como los demás podrán constituir el Estado sin él, entonces el Estado retiene su derecho primigenio, o sea, el derecho de guerra contra el discrepante como contra un enemigo; véase El ciudadano, cap. VI, 2 [pp. 56 s.] y Leviatán, cap. 18 [p. 159].

¹⁵⁸ Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 17 [p. 157]: fin del Estado es “lograr la paz y la seguridad de todos”. Esta idea se halla presente ya en *Aristóteles*, Política, Lib. III, 6, 1278 b 4, [p. 169]: los hombres, empero, “también se reúnen por el mero vivir, y constituyen la comunidad política, pues quizá en el mero hecho de vivir hay una cierta parte del bien”; y sobre la vida y la existencia del hombre como bien por naturaleza, cfr. *Aristóteles*, Ética Nicomaquea, Lib. IX, 1170 b, [pp. 372 s.].

¹⁵⁹ Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 21 [p. 196].

¹⁶⁰ Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 21 [pp. 195 ss.].

¹⁶¹ Véase *Welzel*, Introducción, p. 120. También en *Guillermo de Ockham* se encuentran precedentes de esta concepción. Para él, como observa *Welzel* (*loc. cit.* p. 119), “los hombres tienden primariamente a la lucha y la discordia, y el Estado es, por eso, una institución protectora dirigida contra los malos”.

¹⁶² Véase *Hobbes*, Leviatán, cap. 14 [p. 122]: “el motivo y el fin que hacen que un hombre renuncie y transfiera sus derechos no es otro que el de su seguridad personal en esta vida, y el de poner los medios para conservarla y no hastiarse de ella”; El ciudadano, cap. VI, 3 [p. 57].

¹⁶³ Véase *Hobbes*, El ciudadano, cap. VI, 9 [pp. 58 s.], cursivas mías.

unos a otros, y para fomentar, por el contrario, que se ayuden mutuamente y se unan contra los enemigos comunes, pues sólo de este modo es posible la paz¹⁶⁴.

Ahora bien, a las leyes civiles del Estado están sujetos únicamente los *ciudadanos*, no los *enemigos*, y, por ello, sólo aquéllos pueden transgredirlas¹⁶⁵. Pero, ¿quiénes son ciudadanos? Según *Hobbes*, ciudadanos son los *súbditos* del que tiene el poder supremo, esto es, del Estado¹⁶⁶. Con la fundación del Estado se supera el estado de naturaleza y los individuos adquieren el *status* de *súbditos*, esto es, de *ciudadanos*. De todo lo ya expuesto hay que deducir que, para *Hobbes*, sólo cabe considerar como súbditos o ciudadanos a quienes por medio de su renuncia a su derecho a todo y de su transferencia de algunos de sus derechos al Estado, se han *obligado* a prestar obediencia a las leyes civiles del Estado¹⁶⁷ y se sienten vinculados por ese *deber* de obediencia aun cuando eventualmente puedan transgredir aquellas leyes civiles por causas que se encuentran ancladas en la propia naturaleza del hombre. La *obligación* de observar las leyes civiles está contenida en la propia constitución del Estado y, por ello, es anterior a la promulgación de éstas, ya que “cuando nos *obligamos* a obedecer antes de saber qué se va a mandar, nos obligamos a obedecer de forma general y en todo” y es la ley natural que prohíbe violar los pactos la que ordena la observancia de todas las leyes civiles¹⁶⁸. Ahora bien, si el *ciudadano*, al someterse al poder del Estado, ha renunciado a su libertad absoluta de actuar en su propia defensa *según su propia opinión*, de ahí tiene que resultar como contrapartida para los gobernantes un *deber*¹⁶⁹ de obrar conforme a la ley suprema que es la salvación del pueblo, es decir, la conservación de la vida e incluso, en la medida de lo posible, de la vida feliz¹⁷⁰. Los

¹⁶⁴ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 26 [p. 233]: “El derecho de naturaleza, es decir, la libertad natural del hombre, puede ser reducida y controlada por la ley civil; más aún, la finalidad misma de hacer leyes no es otra que imponer ese control, sin el cual no es posible que haya paz alguna. Y la ley fue traída al mundo nada más que para limitar la libertad particular de los hombres, de tal modo que no se hagan daño unos a otros, sino que se asistan mutuamente y se unan contra un enemigo común”; y *Leviatán*, cap. 21 [p. 189]: “Del mismo modo que los hombres, a fin de conseguir la paz y la conservación de sí mismos, han fabricado un hombre artificial al que llamamos Estado, así también han fabricado una serie de ataduras artificiales, llamadas *leyes civiles*, que los hombres mismos, mediante convenios mutuos, han prendido, por un extremo, a los labios del hombre o asamblea a los que han entregado el poder soberano, y, por el otro, a sus propios oídos. Estas ataduras, aunque débiles en sí mismas, pueden ser duraderas, no porque sea difícil romperlas, sino por el peligro que se derivaría de hacerlo”.

¹⁶⁵ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [p. 267]: “considerando que los enemigos nunca estuvieron sujetos a la ley, nunca pueden, por tanto, transgredirla; o si estuvieron con anterioridad sujetos a ella, y luego profesaron no estarlo, niegan, como consecuencia, la posibilidad de transgredirla”.

¹⁶⁶ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 11 [p. 54]: “todo *ciudadano*, así como toda *persona civil subordinada* se llama *súbdito* del que tiene el poder supremo”; *Leviatán*, cap. 17 [p. 157].

¹⁶⁷ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. V, 11 [pp. 54]. Así lo interpreta también *Jakobs*. En el estado de naturaleza que define *Hobbes*, si todos tienen derecho a todo, entonces —dice *Jakobs*— nadie tiene un derecho subjetivo a nada y, por ello, nadie está *obligado* a nada. La salida de este vacío normativo total sólo está, para *Hobbes*, en el sometimiento a un poder que se genera mediante un contrato entre los que se someten a dicho poder. Este hecho del sometimiento, vinculado o previo al contrato —afirma *Jakobs*, probablemente con razón— es el que, en la concepción de *Hobbes*, fundamenta las *obligaciones*; véase *Jakobs*, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, pp. 30 ss.

¹⁶⁸ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 10 y 20 [pp. 126 s. y 131]. Véase *Jakobs*, como en nota anterior. Como destaca *Welzel*, de modo similar a *Guillermo de Ockham*, *Hobbes* deduce de la naturaleza corrupta del hombre únicamente la necesidad de un orden, y de ningún modo su contenido; véase *Welzel*, *Introducción*, pp. 121.

¹⁶⁹ Aun cuando el Estado —según *Hobbes* y, a mi juicio, no sin contradicción— no puede obligarse con el ciudadano ni está obligado a él; véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. VI, 14 [p. 62] y cap. XIII, 2 [p. 113], donde dice que “los que detentan el poder supremo entre los hombres no pueden someterse a leyes propiamente dichas, esto es, a la voluntad de los hombres, porque es contradictorio ser el más alto y someterse a otros”.

¹⁷⁰ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIII, 4 [p. 113]. Dado que los poderes se han constituido en aras de la paz, y dado que ésta se busca para la salvación, el que tuviera el poder y lo utilizara para algo distinto de la salvación

gobernantes, por lo tanto, tienen el deber de dispensar medidas que proporcionen seguridad a los ciudadanos, justamente porque este es el fin del Estado, “pues la seguridad es la razón de que los hombres se sometan a otros, y si ésta no se da, nadie entiende haberse sometido a otros ni haber perdido el derecho a defenderse por su cuenta, porque ha de entenderse que nadie se obliga a nada ni renuncia a su derecho a todo sin que se haya provisto a su seguridad”¹⁷¹. Esta seguridad se provee mediante leyes¹⁷² a cuya observancia se han *obligado* los ciudadanos con la fundación del Estado en el modo en que ya hemos visto, esto es, antes de su promulgación y, por tanto, independientemente de su contenido axiológico¹⁷³. Sin embargo, para esta seguridad no basta con el pacto de observancia de las leyes, pues dado que “todos conocen la maldad de la condición humana y se sabe por una sobrada experiencia lo poco que los hombres cumplen sus obligaciones en virtud de sus promesas si se suprime el castigo”, y dado que “todos los hombres eligen por necesidad natural lo que *aparece como bueno para ellos*”, de ahí tiene que resultar que “hay que velar por la seguridad no con *pactos* sino con *castigos*”, y que sólo se habrá garantizado aquélla de un modo suficiente “cuando toda injuria tenga castigos tales que claramente resulte peor haberla hecho que no”¹⁷⁴. De ahí se deduce que “toda ley civil lleva anexo un castigo”, pues “una ley que se pueda violar impunemente es inútil”¹⁷⁵.

Las leyes civiles y los castigos que llevan anexos para el caso de transgresión, sin embargo, sólo son aplicables a los *ciudadanos*. En efecto, *Hobbes* distingue entre dos ordenes legales, que serían, respectivamente, el de las leyes *civiles* o del Estado y el de las leyes *naturales*¹⁷⁶. *Hobbes* entiende que, en principio, solamente son delito los hechos definidos como tales por la ley civil¹⁷⁷, que los castigos que ésta lleva anejos para el caso de su transgresión sólo se aplican a los ciudadanos¹⁷⁸ y que el delincuente, también en principio, como deduce *Jakobs*, conserva su rol de ciudadano, esto es, queda dentro del Derecho aun a pesar de que haya transgredido la ley civil y de que haya sido castigado conforme a ésta¹⁷⁹. Esto se explica porque el que comete delitos contra las leyes del Estado lo hace por motivos diversos que pueden verse como “normales”¹⁸⁰ e incluso como enfermedades consubstanciales a la naturaleza del hombre y

del pueblo, obraría contra las razones de la paz, esto es, contra la ley natural; véase *El ciudadano*, cap. XIII, 2 [p. 113].

¹⁷¹ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. VI, 3 [p. 57]. Por ello, según *Jakobs*, los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, esto es, tienen un derecho a la seguridad; véase *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona*, p. 47; *el mismo*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 32.

¹⁷² Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIII, 4 [p. 113].

¹⁷³ Vid, sobre esto *Welzel*, *Introducción*, pp. 121 s.

¹⁷⁴ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. VI, 3 [p. 57].

¹⁷⁵ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 8 [p. 126].

¹⁷⁶ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. II [pp. 22 ss.], cap. III [pp. 31 ss.], cap. IV [pp. 43 ss.], cap. VI, 16 [pp. 63 s.], cap. XIV, 4-5 y 20-22 [pp. 124 s. y 131 ss.]; *Leviatán*, cap. 14 [pp. 119 ss.], cap. 15 [pp. 131 ss.], cap. 27 [pp. 251 ss.] y cap. 28 [pp. 265 ss.].

¹⁷⁷ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 27 [p. 252]: “cuando la ley civil desaparece, los delitos desaparecen”; *El ciudadano*, cap. VI, 16 [pp. 63 s.]: “El hurto, el homicidio, el adulterio y cualquier injuria están prohibidos por la ley natural, pero es la ley civil, no la natural la que debe determinar a qué se deba llamar hurto, a qué homicidio, a qué adulterio, a qué finalmente injuria en cada caso” [p. 63], por lo que “lo que sea el hurto, el homicidio, el adulterio y en general la injuria, se conoce por la ley civil, esto es, por los mandatos del que tiene el poder supremo en el Estado” [p. 64]. Probablemente sea esta la fuente de inspiración de *Jakobs* cuando en su discurso sobre el Derecho penal del enemigo, tras realizar otras citas de Hobbes relativas a la atribución a los hombres de un derecho natural a todo, concluye que “por lo tanto, los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado”; véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 35.

¹⁷⁸ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [p. 268].

¹⁷⁹ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 29.

¹⁸⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 27 [pp. 254 s.], donde explica que los hombres propenden a violar las leyes de tres maneras y a causa de “un defecto de razonamiento, es decir, debido al error”: por presumir falsos principios,

de todas las demás criaturas vivientes¹⁸¹; por otro lado, también se da el caso de que algunos actúan contra las leyes por debilidad humana aunque deseen cumplirlas¹⁸², y en todo caso, parece que debe tenerse en cuenta que “*todos los hombres eligen por necesidad natural lo que aparece como bueno para ellos*”¹⁸³. Por esto, el que infringe la ley civil es un ciudadano, es más, sólo los ciudadanos o súbditos pueden transgredir la ley civil¹⁸⁴; el castigo se le impone conforme a dicha ley civil lo es en cuanto *mal ciudadano*¹⁸⁵, y por este hecho no pierde su *status* de ciudadano¹⁸⁶. Al contrario, el castigo, para *Hobbes*, tiene finalidades preventivas, a las cuales parece entender en el sentido de la moderna prevención general positiva, es decir, como robustecimiento de la conciencia de fidelidad al Derecho y, por tanto, de la condición de *ciudadano* de todos los súbditos del Estado, y también en el sentido del aspecto de resocialización propio de la prevención especial, es decir, de reconciliación del propio delincuente con su *status* de ciudadano. “En la venganza o en los castigos” —dice *Hobbes*— “no se ha de mirar al mal pasado sino al bien futuro. Es decir, que no es lícito inferir un castigo con otro fin que no sea la *corrección del que pecó o la mejora de aquéllos que se sientan amonestados en cabeza ajena*”¹⁸⁷. Por otra parte, para *Hobbes* el castigo que se inflige al ciudadano ha de ser, en principio, *proporcionado*, pues un exceso de daño con respecto al establecido por la ley, sería ya un acto de hostilidad¹⁸⁸. *Hobbes* considera incluso que la ley natural conforme a la cual sólo es legítimo castigar con la finalidad de corregir al causante de la ofensa o para dar ejemplo, es una derivada de otra ley de naturaleza conforme a la que “un hombre debe perdonar las ofensas pasadas de aquellos que, arrepiñéndose de ellas, desean el perdón”¹⁸⁹. Ahora bien, todas estas leyes naturales —para *Hobbes*: principios de razón— que, ciertamente, limitan el derecho del soberano de castigar, sólo parecen tener validez con respecto a quienes ofrezcan expectativas de seguridad futura aun a pesar de haber transgredido la ley civil¹⁹⁰. Es decir, y para expresarlo con términos actuales, con respecto a quienes a pesar de todo aún ofrezcan la suficiente seguridad cognitiva de un comportamiento personal, o sea, orientado en derechos y deberes. Dicho de otro modo: el derecho de castigar del Estado —o sea, el *Derecho penal*— tiene como destinatarios únicamente a los *ciudadanos*.

El derecho de castigar del Estado, por el contrario, ya no es adecuado ni procedente con respecto a los enemigos. *Hobbes* dice textualmente que “los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos”¹⁹¹; y al derivar de la ley natural que ordena perdonar las ofensas que el perdón es precisamente un modo de “conceder la paz”, excluye, no obstante, el perdón para los enemigos, pues si aquélla “se concede a quienes

por la influencia de falsos maestros que interpretan mal la ley de la naturaleza y por inferencias erróneas deducidas de principios verdaderos.

¹⁸¹ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 27 [p. 256], donde menciona como tales el odio, la lujuria, la ambición y la codicia.

¹⁸² Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 18 [p. 130].

¹⁸³ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. VI, 3 [p. 57].

¹⁸⁴ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [pp. 267 s.].

¹⁸⁵ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 22 [p. 133].

¹⁸⁶ Véase *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 29.

¹⁸⁷ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. III, 11 [p. 36]. En *Leviatán*, cap. 28 [p. 266], reitera que “cualquier mal que es infligido sin la intención o sin la posibilidad de predisponer al delincuente o, mediante su empleo, a otros hombres, a obedecer las leyes, no es un castigo, sino un acto de hostilidad. Pues si no se persigue tal fin, ningún daño que se haga puede recibir el nombre de castigo”.

¹⁸⁸ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [pp. 266 s.]. Un daño menor que el beneficio obtenido, en cambio, ya no sería un castigo sino un premio (*loc. cit.*).

¹⁸⁹ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 15 [p. 138].

¹⁹⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 15 [p. 138]: un hombre debe perdonar “una vez garantizada su seguridad en el tiempo futuro ...; [la ley natural] ordena perdonar cuando hay garantía del tiempo futuro”.

¹⁹¹ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [p. 268].

perseveran en su hostilidad, ya no será entonces paz, sino miedo”¹⁹². *Hobbes* tiene por *enemigos* a quienes mediante su renuncia al pacto general de obediencia revelan no estar dispuestos a observar las leyes de naturaleza¹⁹³ y ninguna de las leyes civiles en la medida en que de dicho pacto “se deriva la obligación de observar todas y cada una de las leyes civiles”¹⁹⁴. Por esto, los enemigos, o bien ya no estuvieron nunca sujetos a la ley, o si lo estuvieron con anterioridad, luego profesaron no estarlo; en cualquier caso, y por ello, los enemigos niegan la posibilidad de transgredir la ley (civil)¹⁹⁵. Los hechos (pecados)¹⁹⁶ que cometen los enemigos constituyen *crímenes de lesa majestad*, consistentes en dichos o hechos por los que “un ciudadano o un súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo del Estado”¹⁹⁷, o bien en actos de “hostilidad contra la organización actual del Estado” y “contrarios a una ley fundamental”¹⁹⁸. Según *Hobbes*, “el pecado que es crimen de lesa majestad por la ley natural, es una transgresión de la *ley natural*, no de la civil”, porque “al ser la obligación de la obediencia civil ... anterior a cualquier ley civil, y al no ser el crimen de lesa majestad por naturaleza otra cosa que la violación de tal obediencia, de ahí se sigue que el crimen de lesa majestad viola una ley que es anterior a la ley civil, es decir, la natural, que nos prohíbe violar los pactos y la fe dada”¹⁹⁹. Por esto, aquél que tiene garantías suficientes de que los demás observarán las leyes naturales para con él, y, no obstante, “no está dispuesto a observarlas para con ellos, estará de hecho buscando la *guerra*, y no la paz y, consecuentemente, estará buscando la destrucción de su naturaleza por la violencia”²⁰⁰. De ahí resulta, entonces, que el daño que produzca el Estado a un enemigo, no puede ser calificado ya como *castigo*²⁰¹, sino más bien como actos *legales* de hostilidad por medio de los cuales el Estado puede imponer legalmente al enemigo todo el daño que le parezca oportuno, y esto porque “al negar su sujeción a la ley, un individuo niega también el castigo que legalmente ha sido determinado, y, por tanto, sufrirá las consecuencias que se derivan de ser un enemigo del Estado, es decir, que estará a merced de la voluntad del representante”²⁰². En definitiva, “a los *rebeldes*, *traidores* y demás convictos de *lesa majestad*” ya no se les castiga “según el *derecho civil*, sino según el *natural*; esto es, no como a *malos ciudadanos* sino como a *enemigos del Estado*; y no por derecho de *gobierno* o de *dominio*, sino por *derecho de guerra*”²⁰³.

En la visión de *Hobbes*, como explica *Pérez del Valle*, el hombre que rechaza el pacto social que constituyó el cuerpo político del Estado, configura su existencia al margen del derecho y del estado civil, es decir, permanece en el estado de naturaleza. Puesto que en éste, como ya vimos, es consubstancial la enemistad de uno contra otro, entonces debe ser tratado con las reglas

¹⁹² Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 15 [p. 138]: por el contrario, “si no se concede a quienes dan garantía de futuro, entonces es una aversión a la paz, y, por tanto, una actitud contraria a la ley natural”.

¹⁹³ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 15 [p. 142].

¹⁹⁴ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 20 [pp. 131 s.].

¹⁹⁵ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28, [p. 267].

¹⁹⁶ Sobre la distinción entre pecado y delito en *Hobbes*, véase *Leviatán*, cap. 27 [pp. 127 s.].

¹⁹⁷ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 20 [p. 132].

¹⁹⁸ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 27 [p. 263]. Para *Hobbes*, “una ley fundamental es aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo”, mientras que “una ley no fundamental es aquella cuya anulación no trae consigo la disolución del Estado”, como por ejemplo “las leyes que se refieren a las controversias entre súbdito y súbdito”; véase *Leviatán*, cap. 26 [pp. 248 s.].

¹⁹⁹ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 21 [p. 132].

²⁰⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 15 [p. 142].

²⁰¹ Para *Hobbes*, “un castigo es un mal infligido por autoridad pública a quien ha hecho u omitido algo que esa misma autoridad juzga ser una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres esté por ello mejor dispuesta a la obediencia”; *Leviatán*, cap. 28 [p. 265].

²⁰² Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [pp. 267 s.]: “porque los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos; y tales son quienes, habiendo actuado con anterioridad como súbditos, se rebelan deliberadamente y niegan el poder soberano”.

²⁰³ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 22 [p. 133], y además, *Leviatán*, cap. 28 [pp. 267 s.].

de dicho estado, que no son otras que las del derecho de guerra. Si ese estado de naturaleza se caracteriza por el miedo recíproco de los individuos que se encuentran en él, de ahí ha de resultar, dice *Pérez del Valle*, que quienes se encuentran en estado civil temen a quienes permanecen en estado de naturaleza²⁰⁴. Y, en efecto, la existencia de hombres en tal estado hace que los que se encuentran en estado civil, esto es los ciudadanos, les teman, pues aquéllos amenazan con la disolución del cuerpo político. Ellos no son, pues, ciudadanos, sino “enemigos”, y ésta es la condición del hombre en el estado de naturaleza. La rebelión no es otra cosa que una renovación del estado de guerra, y, por ello, frente a los enemigos sólo queda el derecho original a hacer la guerra²⁰⁵. Por esto, como observa *Pérez del Valle*, las reacciones de la comunidad política contra sus enemigos ya no buscarían el restablecimiento de la identidad social mediante la confirmación de la validez de las normas, sino más bien la seguridad cognitiva de las personas que forman parte de la sociedad²⁰⁶. Para ello, *Hobbes* razona acerca de cómo las reacciones del Estado contra los enemigos pueden y hasta deben desviarse de los principios y de las reglas del Derecho penal aplicable a los ciudadanos sin mostrarse por ello contrarias a la legalidad, si bien se trata de la legalidad natural. En *Hobbes* encontramos ya la mayor parte de las reglas concretas que deben configurar al Derecho penal del enemigo y que, desarrolladas actualmente por los defensores de tal Derecho, parecen encontrar una plasmación positiva en determinadas regulaciones legales de nuestro tiempo.

Hobbes contabiliza entre los crímenes de lesa majestad que caen en el ámbito del derecho de guerra contra los enemigos a hechos que suponen un claro adelantamiento de la punibilidad al estadio previo, es decir, hechos que sólo tienen el carácter de actos preparatorios²⁰⁷. En efecto, como crímenes de lesa majestad, *Hobbes* menciona no sólo a los actos contrarios a una ley fundamental, sino también a los consistentes en “hacer planes”²⁰⁸, y a actos que muestran claramente los caracteres típicos de la provocación para la efectiva desobediencia al soberano²⁰⁹. Por otro lado, mientras que un exceso de pena no puede ser considerado ya como castigo cuando se aplica a un ciudadano, sino que es más bien un acto de hostilidad²¹⁰, en el caso de los enemigos está justificado el daño desproporcionado²¹¹, ya que el mismo no es infligido por vía de castigo, sino por derecho de guerra²¹². El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de la naturaleza, pero no lo es en el caso del enemigo inocente, pues “en la guerra, la espada no hace distinciones, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes”; por ello, la venganza no sólo debe aplicarse al rebelde, sino que también “a los padres [y] a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no han nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hecho por el que tienen que padecer”²¹³. *Hobbes* define a lo largo de su obra determinadas garantías

²⁰⁴ Véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 607.

²⁰⁵ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [pp. 270]: “mas, contra los enemigos, a los cuales el Estado se considera capacitado para dañar, es legal, según los principios básicos de la ley de naturaleza, hacer la guerra”.

²⁰⁶ Véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 608.

²⁰⁷ Sobre ello, *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), pp. 608 s.

²⁰⁸ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 27 [p. 263].

²⁰⁹ Véase *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. XIV, 20 [p. 132], pues “el ciudadano declara tal voluntad [de no obedecer al soberano] de hecho cuando ataca o trata de atacar a las personas que o tienen el poder supremo o cumplen órdenes de quien lo tiene” y “manifiestan la misma voluntad de palabra los que niegan abiertamente que ellos o los demás ciudadanos estén obligados a tal obediencia”. Cabe destacar que *Hobbes* menciona entre los delitos que se agravan por el escándalo que producen, el que “un maestro en leyes mantenga algún punto de doctrina o realice algún acto que tienda a la debilitación del Estado”, porque un hombre de reputada sabiduría “hace que muchos sigan sus consejos o imiten sus acciones”, y por ello no sólo cometen un delito, “sino que están enseñándoselo a los demás como ley” y esto “hace caer a los hombres más débiles que no miran por sí mismos el camino por el que van, sino que siguen la luz que otros llevan delante de ellos”; véase *Leviatán*, cap. 27 [pp. 262 s.].

²¹⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [p. 267].

²¹¹ Véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 609.

²¹² Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [pp. 267 s.].

²¹³ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [pp. 270 s.].

procesales, como la inexistencia de un deber de acusarse a sí mismo, de acusar al padre, a la esposa o al benefactor o la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura²¹⁴, así como también, en cierto modo, la presunción de inocencia, al entender contrario a la ley de naturaleza el castigo de un inocente²¹⁵. En *Hobbes*, en lo que alcanzo a ver, no hay ninguna referencia explícita a la disminución de garantías procesales para los enemigos, pero ello tiene que ser una consecuencia necesaria si tenemos en cuenta que ésa es tal vez la característica más pronunciada del Derecho penal del enemigo en las concepciones actuales. En efecto, como observa *Pérez del Valle*, ello parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías²¹⁶.

2. La continuidad histórica del discurso del Derecho penal del enemigo

El recorrido que se acaba de efectuar por la Historia de las ideas políticas y jurídicas parece dejar claro, en principio, que los defensores actuales del llamado Derecho penal del enemigo disponen de un serio aval histórico iusfilosófico y teórico-político. Bien mirado, en la doctrina actual del derecho penal del enemigo no encontramos apenas ideas nuevas ni fundamentaciones originales, pues casi todos los principios y reglas que se definen como propios de aquél se encuentran ya claramente perfilados en el pasado que acabo de describir, sobre todo en las doctrinas hobbesianas, en las cuales encontramos incluso derivaciones o conclusiones programáticas acerca de cómo ha de configurarse un Derecho positivo del enemigo en cuanto Derecho de guerra. Por lo demás, aún debe recordarse aquí que la idea de que determinados individuos son *enemigos* de la sociedad, perdura en el último tercio del siglo XIX y en el primero del XX. Como es sabido, así consideraba *v. Liszt*²¹⁷ a los reincidentes, a los habituales y a los delincuentes por tendencia²¹⁸, para los cuales propuso la prisión perpetua o con duración indeterminada, los azotes como pena disciplinaria y, en todo caso, la pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos²¹⁹. Como ya dije, en este lugar no voy a llevar a cabo una valoración crítica exhaustiva y particularizada de cada una de las ideas históricas expuestas. Por otro lado, no estoy seguro de que de ello se obtuviera algún rendimiento o utilidad distinto de la mera comprensión del significado histórico de cada discurso particular. Por todo ello, en lo que sigue expongo algunas deducciones y valoraciones de conjunto de lo que podríamos denominar como el *discurso histórico global* del Derecho penal del enemigo con el propósito de obtener, al menos, algún conocimiento material relevante para una discusión actual sobre el problema que sea realmente científica²²⁰ y que sustituya a los simples posicionamientos emocionales y retóricos que hoy, como es fácil de comprobar, parecen imperar como única respuesta de la doctrina frente al Derecho penal del enemigo.

A) Comparativa de ideas, de principios y de reglas

Una primera y clara enseñanza que puede obtenerse del discurso histórico global es que la totalidad de los fenómenos, y, a partir de la aprehensión de éstos, también de los objetos y enunciados del discurso actual del Derecho penal del enemigo constituyen una *constante*

²¹⁴ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 14 [p. 127].

²¹⁵ Véase *Hobbes*, *Leviatán*, cap. 28 [p. 270].

²¹⁶ Véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), pp. 609 s.

²¹⁷ Cfr. sobre ello *Muñoz Conde*, en *Doxa* 15-16 (1994), pp. 1031 ss.; *el mismo*, Edmund Mezger, pp. 35 ss.

²¹⁸ Véase *v. Liszt*, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, p. 167, donde dice con respecto a los “mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos”, que “todos ellos forman un ejército de *enemigos fundamentales del orden social*, en el que los delincuentes habituales constituyen su Estado Mayor”.

²¹⁹ Véase *v. Liszt*, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, p. 170.

²²⁰ Como con razón reivindica *Jakobs*, *Derecho penal del ciudadano*, p. 25.

histórica²²¹. La criminalidad no se ve como un fenómeno homogéneo. En el campo de la criminalidad se observan diferencias fenoménicas que se explican en virtud de típicos factores diferenciales de formas específicas de desarrollo de la misma que parecen ser y permanecer constantes a lo largo de toda la historia.

Desde el punto de vista del significado delictivo objetivo, es decir, desde la perspectiva del Derecho penal del *hecho*, parece claro que hay *hechos* cuya (des)valoración excede claramente, al menos cuantitativamente, de la de otros. Así, en *Fichte*, el asesinato premeditado²²²; en *Hobbes*, al menos, los crímenes de lesa majestad, o sea, los que suponen la infracción de una ley fundamental y, por ello, ponen en peligro la existencia del Estado²²³; en *Rousseau*, probablemente, los hechos que puedan calificarse de graves en virtud de que significan infracciones esenciales del contrato social^{224/225}; y en fin, hoy, por ejemplo para *Jakobs*, sobre todo, el terrorismo, los crímenes de Estado, el tráfico de drogas, y los delitos sexuales graves²²⁶, o sea, hechos que, en palabras de *Silva Sánchez*, “amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado”²²⁷.

En el plano de los *sujetos*, la presencia en el discurso histórico global, de la totalidad de las características que destaca el discurso actual es especialmente clara hasta en el lenguaje con que se las describe. En efecto, la idea de una —ya sea originaria, o bien sobrevenida— desvinculación subjetiva del Derecho con un carácter más o menos duradero y, con ello, de la reiterada infracción del mismo aun incluso con posterioridad al castigo por hechos precedentes (habitualidad), la encontramos descrita ya con una claridad palmaria en la sofística griega²²⁸, y sobre todo en *Hobbes*²²⁹. Desde el punto de vista del *modus operandi* de los autores, no se puede decir que el discurso histórico global individualice a ninguna fenomenología específica, como es el caso de la *criminalidad organizada* que es objeto de atención central en el discurso actual. Sin embargo, nada hay que impida pensar —más bien creo que hay base para lo contrario— que el fenómeno de la hostilidad por parte de grupos organizados tenía que estar presente en la cabeza de *Hobbes*. Desde el punto de vista de los hechos, como vimos, aquél califica como típicos de enemigos únicamente a los llamados crímenes de lesa majestad, con insistente mención de la traición y, sobre todo, de la *rebelión* contra el Estado²³⁰, es decir, un hecho cuya realización es

²²¹ Tiene, pues, toda la razón *Jakobs* cuando dice que la filosofía de la Edad Moderna enseña lo suficiente como para por lo menos estar en condiciones de abordar el problema; véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 25. Pero como aquí se ha mostrado tales enseñanzas las proporciona la filosofía de todas las épocas y no sólo la de la Edad Moderna.

²²² Cfr. supra

²²³ Cfr. supra

²²⁴ En sus escasas referencias, *Rousseau* no hace mención expresa de ningún delito específico, pero al hablar de la exclusión del malhechor mediante muerte o exilio, hay que suponer que ha de tratarse de delitos graves, tal vez de los asimilables a los crímenes de lesa majestad en *Hobbes*; véase en tal sentido, *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), pp. 599, 601, 605.

²²⁵ En *Sobre la paz perpetua*, *Kant* no hace ninguna referencia a hechos específicos frente a los que cabría reaccionar mediante hostilidad (cfr. el texto supra); con carácter general, y por ello no cabe extraer conclusiones para el campo que nos ocupa del Derecho penal de enemigo, distingue entre crímenes *sin más* (privados), que deben llevar ante la justicia *civil*, y entre los que cita a la *defraudación*, y crímenes *públicos*, que deben ser llevados ante la justicia *criminal*, y entre los que cita no sólo a la falsificación y uso de moneda, sino al hurto y a la rapiña; véase *Kant*, La Metafísica de las costumbres, § 49, E, I, nm. 331, p. 166.

²²⁶ Cfr. *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 39 s.

²²⁷ Cfr. *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, p. 163.

²²⁸ Cfr. supra

²²⁹ Cfr. supra

²³⁰ Cfr. supra. En El ciudadano, Cap. XIV, 20 [p. 132], además de a los regicidas y a los traidores, *Hobbes* se refiere expresamente a “los que se levantan en armas contra el Estado o los que se pasan al enemigo durante la guerra”.

prácticamente inimaginable si no es mediante la actuación de una pluralidad de individuos que operan con base en una mínima organización^{231/232}.

La actual atribución a los hechos típicos del Derecho penal del enemigo de un significado de ausencia de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal de sus autores y, por ello, de la extrema *peligrosidad* de éstos, que en algunos casos supondría una seria amenaza para el sistema o el orden social²³³, y, en definitiva, la preocupación por la *seguridad*, constituye precisamente el tema central y, además, recurrente, del discurso histórico. Así se aprecia ya con toda claridad en el sofista del *Anónimo de Jámblico* cuando caracteriza al estado de ilegalidad como uno de desconfianza y de riesgo permanente²³⁴; en *Fichte* cuando exige que no se ponga en peligro la seguridad como condición del contrato de expiación mediante el que se reemplazaría la exclusión (muerte civil) del delincuente por otras penas²³⁵; en esta misma exigencia, que impone *Kant* al soberano, para que éste pueda ejercer el derecho de gracia²³⁶, así como, por supuesto, en su caracterización del estado de naturaleza como *statu iniusto* precisamente en virtud de la ausencia de seguridad que representa la constante amenaza de quien se encuentra en dicho estado²³⁷; y, en fin, en la idea nuclear de *Hobbes* de que el enemigo es tal porque no ofrece seguridad de cumplir la ley natural fundamental y porque, por ello mismo, representa una amenaza para la existencia del Estado²³⁸.

Como ya sabemos, el discurso actual del Derecho penal del enemigo se articula en torno al paradigma de la pérdida de su *status* por el enemigo, al cual se le niega la condición de *persona* o de *ciudadano*. Esto no significa otra cosa que al enemigo se le tiene en todo caso como *excluido* de la sociedad y del Estado. Una cuestión que no está lo suficientemente aclarada sobre esto es si la condición de enemigo, con la correspondiente pérdida de personalidad o de ciudadanía, es una de la que ya es portador el individuo en el momento de realizar algún hecho

²³¹ En realidad, para *Hobbes* se quedan en enemigos únicamente los autores de hechos que hoy denominaríamos como delitos contra la Constitución —contra una ley fundamental en *Hobbes* (cfr. supra)—, o —como decían nuestros Códigos históricos— contra “la seguridad interior y exterior del Estado”. Ha de tenerse en cuenta la contextualización histórica de la obra de *Hobbes*. Esta se produce en una situación de guerra civil, y según las interpretaciones más extendidas, está orientada, por un lado, a apoyar la monarquía absoluta de los Estuardo, pero también, y a la vez, aunque esto ya sea más discutible, a adular a Cromwell y, de ese modo, a apoyar también su protectorado absoluto; véase al respecto, por ejemplo, *Sabine*, Historia de la teoría política, pp. 353 s.; *Rodríguez Feo*, Introducción, p. XVII; *Carlos Mellizo*, Prólogo, pp. iii ss. En todo caso, históricamente la teoría política de *Hobbes* parece destinada a legitimar el poder absoluto establecido en el momento y a proporcionarle instrumentos de conservación; y así, recuerda *Touchard*, que “con frecuencia se ha afirmado que Hobbes, al escribir este libro [el *Leviatán*], pretendía presentar sus respetos a los poderosos del momento”; véase *Touchard*, Historia de las ideas políticas, p. 259.

²³² No obstante, hay que reconocer que *Hobbes* no hace ninguna valoración específica de dicha circunstancia ni tampoco deduce consecuencias especiales en relación con la misma. Tampoco le hace falta, dada su valoración *global* del fenómeno del enemigo, pues de ese modo, el mismo tratamiento han de recibir el principal y el subordinado, el rebelde y el colaborador, el proyecto, la preparación o el intento de la rebelión y su efectiva puesta en marcha, etc., etc.

²³³ Concretamente cuando sus conductas tuvieran una dimensión adicional de “negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia”; así *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, p. 165.

²³⁴ Cfr. supra

²³⁵ Cfr. supra

²³⁶ Véase *Kant*, La Metafísica de las costumbres, § 49, E, II, nm. 337, p. 174, donde dice que el soberano sólo puede hacer uso del derecho de gracia en el caso de que *él mismo* haya sido lesionado (*crimen laesa maiestatis*), pero que ello no obstante, “ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo”.

²³⁷ Cfr. supra

²³⁸ Cfr. supra

típico del Derecho penal del enemigo —por ejemplo, ya es enemigo el que colabora con una banda terrorista, dado que éste es un hecho típico de enemigo—, en cuyo caso la sentencia tendrá un valor meramente declarativo de una situación anterior, o si, por el contrario, es una condición que se le carga al sujeto con posterioridad, esto es, como consecuencia de la sentencia condenatoria dictada en el proceso que se haya seguido contra él, la cual tendrá entonces un carácter constitutivo. Esta cuestión no está resuelta tampoco con claridad en el discurso histórico, el cual se brinda a ambas posibles interpretaciones. Sea lo que fuere, lo que ahora importa destacar aquí es que de uno u otro modo, al enemigo se le considera o *ya excluido* de la sociedad y del Estado —porque se supone su autoexclusión—, y, por ello, *ya privado* de *status*, o si no es así, entonces, se le *excluye* y se le *priva* de *status a posteriori* mediante la sentencia. Pues bien, también la idea de la carencia o privación de *status* y de la *exclusión* o eliminación está presente en el discurso histórico, y además de un modo especialmente acentuado. *Protágoras* propone la *eliminación* del sujeto, lo que supone que antes estaría dentro de la sociedad²³⁹, y el sofista del *Anónimo de Jámblico* apunta a la *sumisión* y a la *esclavitud* del sujeto, de modo que se puede entender que parte de que éste ya estaba excluido porque previamente no se había sometido a la ley²⁴⁰; *Tomás de Aquino* sugiere la eliminación o exclusión del pecador mediante su *muerte* como si fuera un *animal*²⁴¹; *Rousseau* niega al sujeto la condición de persona o de ciudadano, y le excluye de la ciudadanía mediante su muerte o exilio como consecuencia del proceso y, por lo tanto, *a posteriori*²⁴²; *Fichte* priva al reo de asesinato premeditado de todos los derechos de ciudadano y de ser humano —y lo degrada y asimila a una cosa o a una cabeza de ganado—, y lo excluye *a posteriori* mediante su muerte²⁴³; *Kant* parece considerar las dos posibilidades, a saber, que el sujeto ya se encuentra en un estado de naturaleza, en cuyo caso ya está de antemano excluido de la ciudadanía y se pueden relizar contra él actos de hostilidad, o que se encuentre en estado legal (de ciudadano) y, sin embargo, no ofrezca seguridad, en cuyo caso se le excluirá mediante actos de hostilidad y así se le privará del *status*²⁴⁴; y, finalmente, en *Hobbes* el enemigo carece de la condición de ciudadano y está siempre excluido, ya sea porque nunca estuvo vinculado al pacto de obediencia o porque renuncia con posterioridad a su observancia o cumplimiento²⁴⁵. En esto, en definitiva, el discurso histórico en nada difiere del discurso del presente.

La negación del carácter de pena o de castigo a las reacciones contra los enemigos está completamente afirmada en el discurso histórico de un modo casi idéntico al actual. Tales reacciones se identifican completamente con puros actos de *hostilidad*, de mera fuerza contra el enemigo, los cuales de ningún modo se entienden como retributivos del hecho cometido ni persiguen fines de prevención general o de reeducación. Su finalidad se agota en la neutralización del peligro e inseguridad que representa el enemigo mediante su sometimiento por la fuerza y, por tanto, mediante su inocuización. El sofista del *Anónimo de Jámblico* habla expresamente de una reducción a la esclavitud de quien no se somete a la ley²⁴⁶; *Rousseau*, de ejercer contra el enemigo el derecho de guerra, que consiste en matar al vencido²⁴⁷; *Kant*, de ejercer *hostilidades* contra el que no ofrece la seguridad propia del estado legal²⁴⁸; y *Hobbes*, finalmente, de ejercer actos de hostilidad por medio de los cuales el Estado le cause al enemigo todo el daño que le parezca oportuno²⁴⁹. De modo consecuente con todo esto, también en el discurso histórico está

²³⁹ Cfr. supra

²⁴⁰ Cfr. supra

²⁴¹ Cfr. supra

²⁴² Cfr. supra

²⁴³ Cfr. supra

²⁴⁴ Cfr. supra

²⁴⁵ Cfr. supra

²⁴⁶ Cfr. supra

²⁴⁷ Cfr. supra

²⁴⁸ Cfr. supra

²⁴⁹ Cfr. supra

presente la idea de que estas medidas no están reguladas por el Derecho (positivo), sino que constituyen más bien un ejercicio del derecho (natural) de *guerra*. Y, por lo que se refiere a posibles figuras legales de Derecho penal del enemigo, ya vimos como en *Hobbes* está claramente perfilada la punibilidad de actos preparatorios con penas desproporcionadas y sin garantías de ninguna clase²⁵⁰, lo mismo que puede decirse en el caso de *Kant* cuando nivela al mero peligro por ausencia de seguridad (*statu iniusto*) con la efectiva lesión (de facto).

En el presente, *Jakobs* advierte de un modo expreso, en contra de *Rousseau* y de *Fichte*, que “en principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro” —concluye *Jakobs*— “el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”²⁵¹. Por su parte, *Silva Sánchez* admitiría alguna regulación del Derecho penal del enemigo sólo en situaciones extremas y bajo la condición de que aquélla resulte siempre el *mal menor* en términos de proporcionalidad²⁵². Pues bien, incluso en esta idea de *excepcionalidad* extrema de un Derecho penal del enemigo, y en su consideración implícita o explícita como un *mal* que hay que tratar de evitar a toda costa, son coincidentes el discurso del presente y el histórico. Los esfuerzos por evitar a toda costa la exclusión del delincuente están muy claros en *Fichte* cuando propone como remedio el contrato de expiación²⁵³, y también en *Hobbes* se observa una tendencia a mantener al delincuente dentro del estado de ciudadanía hasta donde sea posible, aduciendo para ello una amplia relación de “comprensibles” motivos que llevan a delinquir al ciudadano y reconociendo incluso al perdón como imperativo de la ley natural²⁵⁴.

B) El déficit crónico del Derecho penal frente a las nuevas formas de criminalidad grave

Parece incuestionable que en la sociedad moderna existen formas de criminalidad que se diferencian de las que, con *Jakobs*, podríamos denominar como “normales”²⁵⁵, no solo por su alto potencial de lesividad social sino también por las características específicas de los autores desde el punto de vista o desde la perspectiva criminológica. Así por ejemplo, ya hace tiempo que la investigación criminológica ha demostrado que la criminalidad económica, objetivamente, supera

²⁵⁰ Cfr. *supra*

²⁵¹ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 28.

²⁵² Véase *Silva Sánchez*, La expansión (n. 3), p. 166. *Ramos Vázquez*, Al otro lado del espejo, pp. 95 s., objeta a *Silva* su criterio de proporcionalidad, pero dicha objeción carece de fundamento desde el momento en que parece claro que no ha entendido correctamente a *Silva*. Parece evidente que la proporcionalidad a que se refiere *Silva* no pone en relación a la magnitud de la reacción jurídica (pena, medida) con el hecho del enemigo, como parece suponer *Ramos Vázquez*, sino más bien el mal que se causa con el sacrificio de garantías y de la libertad de acción, con el mal a cuya producción tiende el peligro que representa el enemigo, que es el que se trata de evitar, siendo admisible el primero sólo en el caso de que en la ponderación de males resulte ser el *mal menor*.

²⁵³ Cfr. *supra* Una idea de que incluso en el estado de guerra aún debe mantenerse una confianza de paz que ponga límites a las hostilidades actuales, se encuentra en *Kant*, cuando dice que “ningún Estado en guerra con otro debe permitirse tales hostilidades que hagan imposible la confianza mutua en la paz futura”; véase *Kant*, Sobre la paz perpetua, pp. 10 s. *Mutatis mutandis*, pues, y dentro de la lógica y de la dialéctica del discurso del Derecho penal del enemigo, se podría extrapolar tal idea de *Kant* al Derecho penal del enemigo, en el sentido de que el Estado siempre ha de mantener una confianza en la integración o vuelta del “enemigo” al estado de legalidad.

²⁵⁴ Cfr. *supra*.

²⁵⁵ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 35.

a la tradicional criminalidad contra el patrimonio tanto en el grado de lesividad social²⁵⁶ como en la producción de daños materiales e inmateriales²⁵⁷, y por otro lado el Derecho penal económico, a la hora de definir sus contenidos, no ha podido desprenderse totalmente de la definición del delito económico, formulada en los años 40 del siglo pasado por *Sutherland* y orientada al autor con perspectiva criminológica, como aquél que es cometido “por una persona respetable y de elevado *status* social, en el marco de su profesión”²⁵⁸. También los diversos tipos de criminalidad organizada se manifiestan como realidades fenoménicas diferenciadas²⁵⁹. Además de las organizaciones terroristas, y de la criminalidad de Estado, existe un amplio abanico de actividades delictivas que por sus objetos podemos denominar como inequívocamente ilícitas²⁶⁰, en el sentido de que se oponen de raíz y frontalmente a valores sociales fundamentales e incluso a las estructuras sociales básicas; piénsese por ejemplo en el tráfico de drogas, en la falsificación y tráfico de moneda, en el tráfico de armas, de órganos humanos, de personas para la prostitución, de niños para la adopción, de inmigrantes o en el blanqueo de capitales²⁶¹. Al margen de la elevada lesividad social que supone este tipo de criminalidad, ha de prestarse atención sobre todo al hecho de que tales actividades son impensables sin la utilización de sólidas redes logísticas y sin el establecimiento de eficientes estructuras organizativas, todo lo cual, hace que en un contexto de globalización como el actual, las organizaciones dedicadas a tales actividades criminales gocen en algunos casos de mayor poder que los Estados, o, por lo menos, que escapen al control político y jurídico de estos²⁶² y que, con ello, la persecución y castigo de esas actividades criminales, como ha dicho con razón *Hans-Jörg Albrecht*, adolezca de un déficit crónico²⁶³.

²⁵⁶ Así *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones, p. 263, estima, con razón, que “la criminalidad económica representa la ‘criminalidad del futuro’ y contiene un potencial de riesgo para las modernas sociedades incomparablemente más grande que la criminalidad tradicional”; y, en el mismo sentido, véase, por ejemplo, *Dannecker*, en Wabnitz/Janovsky, p. 10 nm. 9.

²⁵⁷ Véase, por ejemplo, los datos estadísticos que, para el caso de Alemania, citan *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones, p. 267; *Dannecker*, en Wabnitz/Janovsky, pp. 11 ss. nm. 12 ss.; *Richter*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, pp. 138 ss. nm. 19 ss.

²⁵⁸ Definición tomada de *Tiedemann*, Poder económico y delito, p. 10. Como indicaron *Bajo/Suárez*, la usual definición criminológica de la delincuencia económica como el conjunto de infracciones lesivas del orden económico cometidas por personas de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional “no es más que la adaptación a la delincuencia económica de la definición que *Sutherland* en 1939 refirió a la delincuencia de cuello blanco”; véase *Bajo/Suárez*, PE, p. 569 núm. 28; *Bajo Fernández*, Derecho penal económico, pp. 47 ss.

²⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones, pp. 274 ss.; *Panhuber/Harder*, en Wabnitz/Janovsky, pp. 342 ss. nm. 2 ss.; *Richter*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, pp. 141 ss. nm. 1 ss.

²⁶⁰ El importante concepto dogmático de “objeto inequívocamente ilícito” se lo debe la doctrina jurídico penal a *Gimbernat*, quien lo formuló —por primera vez en 1991, y con motivo de su investigación sobre los delitos contra la propiedad intelectual— como presupuesto de la asimismo importante y dogmáticamente fructífera categoría de los —también por él mismo denominados— “delitos con objeto plural inequívocamente ilícito”; estos delitos “tienen en común que se realizan sobre una pluralidad de cosas o una cantidad indeterminada de mercancías, que ostentan, *ab initio* o en un momento posterior, un inequívoco carácter delictivo”; véase *Gimbernat*, en JD, nº 13 (1991), pp. 35 ss., publicado también en EPyC, XV, 1992, pp. 99 ss. y recogido en sus Ensayos penales, pp. 429 ss. Hasta donde alcanza, en la doctrina española sólo el autor que suscribe este trabajo se ha hecho eco de la categoría de delitos formulada por *Gimbernat*, asumiéndola sin reservas en la interpretación del moderno tipo delictivo del art. 160 CP —uno con objeto plural inequívocamente ilícito— de utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana; véase *Gracia Martín*, Comentarios, pp. 675 s. nm. 9-11.

²⁶¹ Véase *Gimbernat*, en sus Ensayos penales, pp. 430 s.

²⁶² Véase, sobre todo ello, por ejemplo *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones, p. 263; *Schünemann*, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, p. 32 (= *Schünemann*, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, pp. 65 s.); *Gracia Martín*, Prolegómenos, pp. 89 ss.

²⁶³ Véase *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones, p. 263.

Pues bien, si estas formas de criminalidad constituyen una permanente falta de seguridad cognitiva, como no parece que pueda ser negado; si la sociedad demanda seguridad al Estado ante todos esos peligros; y si el derecho penal no puede prestarla adecuadamente debido a ese déficit crónico de eficacia en la persecución y castigo de sus autores; ¿estará justificada y deberá procederse con respecto a esa criminalidad a la institución de un derecho penal especial diferenciado en sus reglas del derecho penal común? ¿Podría legitimarse este derecho penal en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho?. A estas preguntas ha respondido afirmativamente *Jakobs*, el cual, además, no ve ninguna otra alternativa que ese Derecho especial al que denomina como “Derecho penal del enemigo”. ¿Cómo se fundamenta éste?

IV. La negación de la condición de persona como paradigma del discurso actual sobre el Derecho penal del enemigo

1. Especialidad *versus* excepcionalidad

Para entender bien la cuestión de la fundamentación del Derecho Penal del enemigo, me parece conveniente hacer algunas precisiones. Parece que debe estar fuera de duda que las circunstancias de la realidad fenoménica en torno a las cuales se quiere justificar la construcción de un Derecho Penal del enemigo, poseen un significado específico y diferenciado, y que dicho significado puede ser determinante de una valoración jurídico penal específica de tales circunstancias. Así, por ejemplo, el que un hecho determinado se realice por un sujeto en el curso de la actividad de una organización a la que sirve o pertenece, o el que un hecho sea realizado por un sujeto dedicado profesionalmente a ello o que lo realiza de modo habitual, son circunstancias de carácter objetivo o personal, según el caso, cuya valoración con criterios específicamente jurídico-penales puede dar lugar a un juicio de mayor gravedad de lo injusto, por ejemplo porque tales circunstancias supongan una mayor peligrosidad objetiva de la acción o porque la comisión habitual o profesional de ciertos delitos suponga una mayor lesividad social que el hecho aislado ocasional²⁶⁴, en cuyo caso estará justificada y será conforme con el principio de proporcionalidad una agravación de la pena²⁶⁵. Aunque en virtud del principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el Derecho Penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso por ejemplo de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves²⁶⁶; en la medida en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito

²⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, véase *Roxin*, AT I, 3ª ed., 1997, p. 139 nm. 16, quien entiende, a mi juicio con razón, que, por ello mismo, no cabe entender que los tipos penales que incorporan a la habitualidad o a la profesionalidad puedan ser comprendidos como exponentes de un Derecho penal de autor.

²⁶⁵ Véase, en ese sentido, *Roxin*, AT I, 3ª ed., 1997, p. 139 nm. 16. Como entiende *Cancio*, JpD, nº 44 (2002) p. 24, estas agravaciones no tienen que ser interpretadas necesariamente como características del Derecho penal del enemigo —al cual él, por lo demás, rechaza *in toto*—, sino que pueden ser fundamentadas mediante los criterios del Derecho penal ordinario, y así entender que “la existencia de una *organización* confiere especial peligrosidad a las conductas” y por ello, entonces, tal circunstancia “puede —debe— ser tenida en cuenta por la tipificación penal”. En este caso, pues, no cabría ver en las mencionadas agravaciones ningún elemento de Derecho penal del enemigo, pues su fundamento radicaría en la mayor peligrosidad de la acción y, por ello, en la mayor gravedad de lo injusto. Como sugiere con carácter general *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, p. 166, el principio de proporcionalidad será el criterio que permita deslindar las regulaciones jurídicas del Derecho penal “de la normalidad” de las que se salen del mismo y entran en el Derecho penal del enemigo.

²⁶⁶ Sobre el fundamento de la punibilidad de estos actos preparatorios, véase, por ejemplo, *Antón Oneca*, PG, p. 437 (“su finalidad captadora de voluntades”); *Mir Puig*, PG, p. 340 nm. 30 (“la *especial peligrosidad* que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal”).

correspondiente y, por supuesto, a la de la consumación, su punibilidad no será contraria al principio de proporcionalidad.

Si el llamado Derecho penal del enemigo se redujera a manifestaciones jurídicas como las descritas, entonces es evidente que no podría objetarse nada contra él. Aquella expresión no tendría otro valor que el de una mera descripción formal sin consecuencias materiales, lo mismo que sucede con denominaciones como, por ejemplo, Derecho Penal sexual, Derecho Penal de Funcionarios, o Derecho Penal laboral, etc. Pero como ya vimos, sí parecen existir regulaciones jurídicas específicas que se apartan de las y principios del Derecho penal que podemos denominar ahora como “ordinario”. La existencia, empero, de un Derecho Penal del enemigo autónomo y diferenciado supone que el mismo debe construirse “fuera de” las fronteras que delimitan el campo del Derecho Penal ordinario. Esto significa, entonces, que el Derecho Penal del enemigo tiene que constituirse en referencia a algún paradigma sustancialmente diferente al del Derecho Penal ordinario y que sus reglas sean unas completamente diferentes a las de éste, pues de lo contrario, si fueran coincidentes, ya no se trataría de ningún ordenamiento distinto de carácter excepcional y autónomo.

2. Ciudadanos como “personas” y enemigos como “individuos” (no-personas)

El paradigma en torno al cual pretenden constituir el Derecho Penal del enemigo sus defensores es el de la consideración de que a determinados individuos se les atribuiría la condición de “enemigos” del sistema social. La condición de enemigo significa privación y negación de la condición de *personas* y su consideración como *no-personas*. El Derecho penal “ordinario” o del ciudadano, en cambio, se dirige a las *personas*. En el Derecho Penal del enemigo, por ello, no pueden regir los principios ni las reglas del Derecho Penal de las personas, y los enemigos, esto es, las *no-personas*, no pueden invocarlos ni exigir su observancia en su favor. En este sentido, no le falta razón a *Cancio* cuando ve a este Derecho Penal del enemigo como un Derecho penal de autor²⁶⁷.

Según *Jakobs*, con el Derecho penal del enemigo se trata de combatir a *individuos* que en su actitud, por ejemplo en el caso de delitos sexuales, en su vida económica, por ejemplo en el caso de la criminalidad económica, o mediante su incorporación a una organización, por ejemplo en el caso del terrorismo o en la criminalidad organizada, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que sería necesaria para su tratamiento como *personas*²⁶⁸. Pues “un *individuo* que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía” —dice *Jakobs*— “no puede participar de los beneficios del concepto de *persona*”²⁶⁹. En el mismo sentido se pronuncia *Lesch*, discípulo de *Jakobs*. Según él, sólo en la medida en que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el *status* de persona, y si no lo acepta se convierte en una criatura animal, y, en consecuencia, el ordenamiento carece de razones para defender sus intereses²⁷⁰. Por todo ello, dice *Jakobs*, la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza por que no se trata en primera instancia de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro²⁷¹ cuya fuente son los individuos que rechazan el *status* de ciudadano y se encuentran y permanecen en el estado de naturaleza. Ahora bien, éste es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva, de modo que quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa

²⁶⁷ Véase *Cancio*, ¿Derecho penal del enemigo?, pp. 100 ss.

²⁶⁸ Véase *Jakobs*, en Eser/Haase/Meer/Burkhardt, p. 53, y Derecho penal del ciudadano, pp. 38 ss.

²⁶⁹ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 40 (cursivas mías).

²⁷⁰ Véase *Lesch*, GA, 2000, pp. 362.

²⁷¹ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 40.

determinación²⁷². Por lo tanto, dice *Jakobs*, “el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones; por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”²⁷³.

La privación y la negación de la condición de *persona* a determinados individuos, a los declarados como enemigos, constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad en torno al que se construye el Derecho Penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano. “Los enemigos” —afirma sin ambages *Jakobs*— “son actualmente no-personas (*Unpersonen*)”²⁷⁴. Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico²⁷⁵. En este sentido, pues, dice *Dal Lago*, “una persona existe sólo en tanto que su ‘humanidad’ no ha sido revocada o anulada”²⁷⁶.

Aunque pueda parecer verosímil la afirmación de *Portilla* de que la columna vertebral del modelo sistémico aplicado por *Jakobs* y por sus seguidores para la construcción del concepto doctrinal del Derecho penal del enemigo, pudiera radicar en la noción de persona elaborada por *Luhmann*²⁷⁷, me parece preciso adoptar precauciones ante semejante afirmación. Es cierto que para *Jakobs*, como para *Luhmann*, existiría, por un lado, una tajante separación entre el individuo, entendido como sistema psíquico que opera mediante la conciencia, y la sociedad, entendida como sistema que opera mediante la comunicación²⁷⁸, de tal modo que la conciencia y la comunicación siguen cada una sus reglas propias e independientes²⁷⁹; y por otro lado, la *persona*, diferente del sistema psíquico, constituiría el puente que permite la conexión o el acoplamiento entre los sistemas psíquicos (conciencias) y los sociales (comunicaciones)²⁸⁰. Sin

²⁷² Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 40 s.

²⁷³ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 42 s.; en el mismo sentido *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 608.

²⁷⁴ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53.

²⁷⁵ Sobre ello véanse las interesantes explicaciones de *Dal Lago*, Personas y no-personas, pp. 127 ss., 130 ss.

²⁷⁶ Véase *Dal Lago*, Personas y no-personas, p. 128.

²⁷⁷ Véase *Portilla*, LH-Bacigalupo I, p. 699, y la exposición que hace sobre la concepción de *Luhmann*, en *loc. cit.*, pp. 699 ss.

²⁷⁸ En efecto, como resume con claridad y precisión *Izuzquiza*, para *Luhmann*, la sociedad es un sistema autorreferente, que tiene en la comunicación su rasgo más característico, y que, por ello, no está compuesta por hombres, sino por comunicaciones, y por otro lado, *Luhmann* rechaza el concepto antropológico de hombre como componente de la sociedad, de tal modo que el sujeto humano es un sistema que no forma parte de la sociedad, sino que se encuentra en el entorno de los sistemas sociales; véase *Izuzquiza*, La sociedad sin hombres, pp. 229 s.

²⁷⁹ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, pp. 15 s.; *Luhmann*, Sistemas sociales, pp. 236 ss.; Como resume *Izuzquiza*, [La sociedad sin hombres, p. 239], en la teoría de *Luhmann* “la conciencia y la comunicación, es decir, los sistemas psíquicos y sociales, mantienen una relación de acoplamiento, de sincronía, nunca una relación de inclusión. Sólo la interpenetración puede relacionar ambos tipos de sistemas”.

²⁸⁰ Cfr. *Luhmann*, La forma persona, p. 242 ss.: “La forma de la persona sirve exclusivamente para la autoorganización del sistema social, para resolver el problema de la doble contingencia limitando el repertorio de conducta de los participantes”, es decir, que si bien los sistemas psíquicos y sociales operan como sistemas separados y operativamente cerrados, ello no quiere decir que no se produzcan entre ambos relaciones indispensables que se verifican a través de *acoplamientos estructurales* completamente compatibles con la autonomía autopoiética de los sistemas operativamente separados (p. 242), y precisamente *las personas* “sirven al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales” porque “hacen posible que los sistemas psíquicos experimenten en su propio yo las

embargo, el mismo *Jakobs* ha tenido a bien aclarar expresamente, en primer término, que las consecuencias que puede tener la diferenciación entre sistemas psíquicos y sociales para el sistema jurídico, se encuentran, no obstante, a “una enorme distancia con respecto al Derecho penal”, y, en segundo término, que un conocimiento sólo superficial de la teoría de los sistemas de *Luhmann* permite advertir rápidamente que sus concepciones —*sic.*: las del propio *Jakobs*— “no son en absoluto consecuentes con dicha teoría [*sic.*: la de *Luhmann*], y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales”²⁸¹.

Jakobs distingue, en efecto, entre *individuos* y *personas*²⁸². El individuo como tal pertenece al orden natural; es el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia —el *homo phenomenon* en términos kantianos—, y si a los individuos humanos se los concibe como animales inteligentes, el código por el que se conducen es el de la satisfacción e insatisfacción conforme a las propias preferencias e intereses, o sea, sin referencia a ninguna configuración objetiva —y, por ello, limitativa de las posibilidades de acción— del mundo externo en que participan otros individuos²⁸³. *Servata distantia*, al individuo cabría ubicarlo en el estado de naturaleza hobbesiano, y su conducción (conducta) tendría un carácter autorreferente en el sentido luhmaniano, es decir, no motivada por ningún *deber* u *obligación* (heterorreferente). La persona, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede atribuir —pero que también puede no atribuirse— a los individuos²⁸⁴. Persona es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel²⁸⁵. “Si toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo”, dice *Jakobs*, “los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma”²⁸⁶. Entonces, los individuos aparecen como personas cuando quedan definidos por las tareas y cuando su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo²⁸⁷. Todo orden *personal* comienza con *deberes* de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden, y los derechos se generan allí donde son necesarios para poder cumplir los deberes²⁸⁸. En conclusión, pues, la “persona” es algo distinto de un ser humano; este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo

limitaciones con las que contarán en el tráfico social” (p. 243). Para *Jakobs*, véase Sociedad, norma y persona (n. 163), pp. 50 ss. y *el mismo*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, pp. 44 ss.

²⁸¹ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, p. 16. Más allá de esto, creo mas bien que una indagación arqueológica en el discurso de *Jakobs*, a mi juicio sólo lingüísticamente diferenciado en un plano formal, revela claramente que sus raíces más profundas se hunden en *Kant* y *Hegel*, en *Rousseau* en parte, y —pero sobre todo— en *Hobbes*, o que, al menos, se configura a partir del sentido que *Jakobs* extrae de determinados textos de estos autores; *cfr.* sobre todo, *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, pp. 29 ss., 50 ss. y 69 ss., así como también, *el mismo*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, pp. 38 ss. y en Derecho penal del ciudadano, *passim*, especialmente pp. 25 ss. *Jakobs* considera, no obstante, insuficiente el enfoque contractualista que informa los discursos de la mayor parte de estos autores; véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, pp. 36 ss.

²⁸² Le sigue *Pawlik*, GA 1998, p. 379.

²⁸³ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización, pp. 69 s.; *el mismo*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, pp. 18, 39, 47 s.; *el mismo*, Sociedad, norma y persona, pp. 30 s., 53, 72 ss.

²⁸⁴ También *Cancio* entiende que el concepto de persona es una *atribución*, pero a mi juicio, ello no es compatible con su posterior aclaración de que en nuestras sociedades, dicha cualidad corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana, sobre todo en lo que se refiere a los posibles infractores de normas penales; véase *Cancio*, ¿Derecho penal del enemigo?, p. 98 y nota 68. Sobre esto, además de lo que se expone arriba en el texto, *cfr. infra*

²⁸⁵ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, pp. 50 y 80 ss..

²⁸⁶ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, p. 51.

²⁸⁷ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, p. 40.

²⁸⁸ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, pp. 40 s.

y de una conciencia”²⁸⁹. Para decirlo con *Kant*, “persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación”²⁹⁰. Según esto, “sólo puede ser persona jurídico-penal, es decir autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar *de modo vinculante* la estructura de lo social, precisamente, el derecho”; ahora bien, de la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno, y de dicho reconocimiento carecen por ejemplo, los niños o los que padecen dolencias psíquicas²⁹¹.

Si lo que define a la persona es, pues, el obrar vinculado al *deber* o por una *obligación*, se comprende fácilmente que todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar *excluido* del concepto de persona. Ya se ha hecho referencia a los niños y a quienes padecen dolencias psíquicas como no personas. Pero además de éstos, *Jakobs* niega también dicha condición a otros individuos. Así, por ejemplo, tampoco serían personas los jóvenes desempleados “que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión”, pues “a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona tampoco se comportan como si lo fueran, sino que se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales” y además “no cabe esperar otras reacciones de no-personas”²⁹². A todo aquél que no se le necesita se le excluye de la obra común, y cuando entiende esto sólo le queda ya la retirada a la mera individualidad²⁹³. Los enemigos, en el sentido más arriba definido²⁹⁴, tampoco son personas para *Jakobs* y, por lo tanto, el Estado no puede ni debe tratarlos como tales. Pues la personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal y sólo puede mantenerse, y por ello sólo será *real*, si se da alguna corroboración cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona, lo cual significa que se puede partir de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito²⁹⁵. Por ello, cuando “ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal —determinado por derechos y deberes—, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente”, lo cual “significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo”²⁹⁶.

3. El Derecho como orden normativo para los ciudadanos (personas) y la coacción como derecho de guerra contra los enemigos (no-personas)

Un orden puede entenderse como “normativo” sólo en la medida en que contempla a personas. Según *Jakobs*, “obtener una conducta por *coacción* y poder vincular mediante *obligación* a realizar un comportamiento son dos cosas distintas”²⁹⁷. Una secuencia regular de conducta y sanción no es por sí misma indicio de la existencia de un orden normativo real porque puede que se trate sólo de una organización coactiva puramente cognitiva basada sólo en la fuerza²⁹⁸. Sólo “si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha

²⁸⁹ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización, p. 72; en sentido parecido *Pawlik*, GA 1998, p. 379.

²⁹⁰ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, pp. 51 n. 44, y 82 n. 71.

²⁹¹ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización, p. 72.

²⁹² Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, p. 47.

²⁹³ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, p. 48, donde añade que “por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas”.

²⁹⁴ Cfr. *supra*

²⁹⁵ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 38 y 47.

²⁹⁶ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 14 y 47.

²⁹⁷ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, p. 18.

²⁹⁸ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, p. 43.

convertido en un orden de normas”²⁹⁹. Pero si esto es así, de aquí no puede resultar nada distinto a que las no-personas tendrán que estar excluidas por fuerza del orden normativo, en concreto de la sociedad y del Derecho. Como dice *Jakobs*, “quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma”³⁰⁰. Consecuentemente, y aun cuando ello no sea algo que pueda afirmarse con rotundidad, *Jakobs* parece negar el carácter de “Derecho” a las regulaciones “jurídicas” de guerra contra los enemigos. Así, cuando contraponen el Derecho penal del ciudadano al del enemigo, aclara que “la voz ‘Derecho’ significa en ambos conceptos algo claramente diferente”³⁰¹. A diferencia de lo que ocurre con respecto a los ciudadanos, la relación con el enemigo ya no se determina por el Derecho, sino por la coacción³⁰². Frente al enemigo, el Derecho penal es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra³⁰³. Pero entonces hay que entender que quien gana la guerra determina lo que son las normas, y que quien la pierde ha de someterse a esa determinación³⁰⁴. Estas normas, empero, y a diferencia de las que regulan la pena, ya no son Derecho con respecto al que es penado³⁰⁵. Por otro lado, también el *procedimiento* para el tratamiento de los enemigos está regulado jurídicamente. Pero esta regulación jurídica trata de la *exclusión* de los enemigos³⁰⁶. Pese a todo ello, las regulaciones del Derecho penal del enemigo tal vez pudieran verse como “Derecho” desde el punto de vista del Estado como agente, pues aquel ordenamiento, como afirma *Jakobs* —y, a mi juicio, no puede haber dudas de que formalmente es así—, “implica un comportamiento desarrollado con base en reglas”, y en modo alguno “una conducta espontánea e impulsiva”³⁰⁷.

V. Crítica del paradigma del Derecho penal del enemigo

En principio, mi opinión se distancia de las regulaciones “jurídicas” que responden a las características del Derecho penal del enemigo, y también de la doctrina que pretende legitimarlas y sostenerlas. El Derecho penal del enemigo y el discurso teórico que trata de fundamentarlo me parecen susceptibles de una crítica plural. Aquí, empero, me limitaré a exponer algunas reflexiones políticas y iusfilosóficas, y también dogmáticas de carácter general, respecto del paradigma en torno al cual se quiere configurar un Derecho penal del enemigo, es decir, respecto de la negación de la condición de personas a los enemigos. Otro tipo de consideraciones críticas, fundamentalmente de carácter técnico jurídico y político criminal, las dejo para una posterior y más amplia investigación sobre este tema.

1. Precauciones ante la crítica

El Derecho penal del enemigo, como ya se dijo, ha encontrado en la doctrina un rechazo mayoritario tanto en sus concretas manifestaciones legislativas, como también en cuanto discurso teórico doctrinal y planteamiento político criminal³⁰⁸. Ahora bien, a mi juicio, si se quiere articular una crítica del Derecho penal del enemigo con pretensiones de éxito, es preciso adoptar determinadas cautelas antes de emprenderla. Recientemente, casi treinta años después de su

²⁹⁹ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, p. 44.

³⁰⁰ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, p. 48. En otro contexto, afirma en el mismo sentido que si los ciudadanos abandonaran al Estado, éste podría evitar dicho abandono por la fuerza, “pero entonces se convierte de un orden normativo en un orden cognitivo basado en la fuerza”.

³⁰¹ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 25.

³⁰² Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 25 s.

³⁰³ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 33.

³⁰⁴ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 41.

³⁰⁵ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 56.

³⁰⁶ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53 y Derecho penal del ciudadano, pp. 43 ss.

³⁰⁷ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 22.

³⁰⁸ Cfr. supra nota 6 de p.

diagnóstico del Derecho penal del enemigo, *Jakobs* ha advertido que “lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad respecto de este problema es poco, [y además] con tendencia a nada”³⁰⁹. Y a mi juicio, *Jakobs* tiene aquí toda la razón. Una lectura de la literatura producida hasta ahora contra el Derecho penal del enemigo confirma la advertencia que hice al principio de esta investigación³¹⁰, es decir, revela que la mayor parte —si no la totalidad— de las objeciones que se formulan contra él no logran traspasar el umbral de lo emocional y de lo retórico. Se parte de la premisa, de carácter emocional, de que el Derecho penal del enemigo es algo que simplemente *no-debe-ser-en-absoluto*³¹¹, y ya todo lo que a partir de ahí se dice en contra se queda en la pura descalificación de aquél, meramente retórica, como algo totalitario y contrario al Estado de Derecho³¹², y poco más. En este sentido, creo que también hay que dar la razón a *Jakobs*, cuando advierte, recientemente, que es sorprendente en el ámbito de la ciencia que en la discusión acerca del Derecho penal del enemigo, cuya existencia es innegable, se haya llegado a una posición en que “el diagnóstico da miedo”, y en que su formulación se ve como indecorosa; además, *Jakobs* tampoco deja de tener razón cuando en relación a ello, advierte acerca de cómo “ciertamente, el mundo puede dar miedo” y, entonces, “de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”³¹³. Con esto, sin embargo, el coherente y potente discurso de *Jakobs* no resulta seriamente afectado. En relación con ello hay que recordar, pues, lo dicho al principio de esta investigación: el rechazo de plano al Derecho penal del enemigo por la doctrina mayoritaria parece explicarse sólo a partir de dispositivos emocionales refractarios, es decir, de una sensibilidad que actualiza inmediatamente en la conciencia la idea de que algo, simplemente, “no deber ser en absoluto”. Sobre esto, y en relación con ciertos otros temas —algunos de los cuales bien podrían ser atraídos por el discurso del Derecho penal del enemigo—, ha llamado ya la atención *Torío*. Habría ciertos sectores en los que determinadas prácticas se valorarían ya como contrarias a una prohibición y, por tanto, como rechazables de un modo evidente y sin discusión posible. En estos casos, dice *Torío*, esta aprehensión tiene en primer término un carácter sólo emocional y retórico, pues “el contacto del hombre con los valores es menos cognitivo que emocional”, y ello explica que, por ejemplo, “la pena de muerte, la tortura y las penas corporales”, dado que comprometen estructuras valorativas profundas, sean hechos con respecto a los cuales “se reacciona con una actitud absoluta, pura, que consiste y se agota en la convicción de que no-deben-ser”³¹⁴. En este sentido, y en lo que alcanzo a ver, creo que nada o casi nada de lo que hasta el momento se ha opuesto al discurso del Derecho penal del enemigo traspasa las fronteras de lo emocional y de lo retórico³¹⁵. Las

³⁰⁹ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 25.

³¹⁰ Cfr. *supra*

³¹¹ Véase, por ejemplo, *Ramos Vázquez*, Del otro lado del espejo, p. 95: “la posición que aquí se sustenta es, en todo caso, diametralmente opuesta [hasta el punto de que] el rechazo a un Derecho penal del enemigo sólo puede ser, en mi opinión, frontal”.

³¹² En mi opinión, es realmente difícil ver algo más que un mero rechazo emocional y retórico en descalificaciones del discurso del Derecho penal del enemigo como las que le atribuyen, sin ningún otro argumento, por ejemplo, que el mismo —en particular ideas como que los enemigos son no-personas— “ya ha dado lugar a un Estado de no-Derecho” [así *Eser*, *Schlussbetrachtungen*, p. 445]; o que “posibilitaría la legitimación para el restablecimiento de un Estado totalitario de una brutalidad y primitivismo dignos de la época del Antiguo Testamento” [así *Schünemann*, *Debate*, p. 266]. Debo dejar aquí aclarado que el hecho de que en este momento conceda a estas objeciones un sentido sólo emocional o retórico, no prejuzga en nada la validez o invalidez de sus enunciados.

³¹³ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, pp. 14 s.

³¹⁴ Véase *Torío*, PJ n° 4 (1986), p. 70.

³¹⁵ En mi opinión, es realmente difícil ver algo más que un mero rechazo emocional y retórico en descalificaciones del discurso del Derecho penal del enemigo como las que le atribuyen, sin ningún otro argumento, por ejemplo, que el mismo —en particular ideas como que los enemigos son no-personas— “ya ha dado lugar a un Estado de no-Derecho” [así *Eser*, *Schlussbetrachtung*, p. 445]; o que “posibilitaría la legitimación para el restablecimiento de un Estado totalitario de una brutalidad y primitivismo dignos de la época del Antiguo Testamento” [así *Schünemann*, *Debate*, p. 266]. Debo dejar aquí aclarado que el hecho de que en este momento

cuestiones que plantea el Derecho penal del enemigo, empero, son demasiado graves y profundas y no creo que puedan zanjarse mediante objeciones meramente retóricas y emocionales. Por el momento, y tras su última publicación sobre el tema³¹⁶, al discurso de *Jakobs* hay que reconocerle no sólo una cuidada y meticulosa coherencia, sino también una gran potencia teórica y política. Por esta razón, y en la misma dirección que propone *Torío* con respecto a todo aquello que despierta fácilmente actitudes emocionales y retóricas a causa de sus contenidos, también respecto al tema del Derecho penal del enemigo es preciso superar tales actitudes mediante una aproximación analítica y filosófica³¹⁷, aunque sólo sea porque éste, precisamente, es el modo, riguroso e impecable científicamente, en que procede *Jakobs*.

2. Crítica global del discurso histórico del Derecho penal del enemigo

De un modo que no puede ser más concluyente ni contundente, la historia nos demuestra, como ya vimos³¹⁸, que en ella es un hecho constante y permanente que no puede ser ignorado, el reconocimiento, y, desde luego, el ejercicio real de formas de coacción estatal que no están limitadas por las reglas ni por los principios *ordinarios* del Derecho penal, y que tampoco persiguen los fines *ordinarios* de éste, en relación con los autores de ciertas formas de conducta contrarias al orden social a las cuales se atribuye, por diversas razones, una carga de desvalor social (o político) extraordinaria en comparación con el resto de la criminalidad. En el presente, la existencia de formas “extraordinarias” de criminalidad parece adquirir una dimensión incluso mayor como consecuencia de la constante modernización de la sociedad³¹⁹, y la sensación de que el Derecho penal ordinario sería ineficaz para su persecución, parece ser el motivo que suscita la necesidad y la justificación, en nombre de la seguridad, del ejercicio de formas extraordinarias y excepcionales de coacción estatal, cuyo fin no sería otro que la protección de la sociedad contra esas formas de criminalidad por medio de respuestas de carácter bélico contra sus autores, a los que ya no se ve como ciudadanos, sino como a enemigos, y para lo cual debe establecerse un Derecho penal de enemigos con los contenidos y las formas de un Derecho de guerra. ¿Se puede —y, si se puede, en qué medida se puede— apelar a la historia como garante del actual Derecho penal del enemigo?

Es indudable que el pasado histórico no puede suministrar ningún argumento decisivo para la justificación y legitimación del presente. Pero lo que ha ocurrido en el pasado sí nos proporciona una experiencia útil y orientativa para las decisiones del presente. Los datos del pasado histórico, sin embargo, no pueden ser analizados de modo aislado, sino que deben ser contextualizados, por un lado, en el devenir histórico, y, por otro lado, también en el presente antes de plantear una posible transposición, asimilación y continuidad de los mismos. En lo que concierne al tema que nos ocupa, creo que el pasado histórico invita a realizar determinadas reflexiones que expondré a continuación. Es cierto, como queda dicho, que el recurso a formas extraordinarias de coacción estatal es un hecho constante y permanente en la historia, pero no es menos cierto que la evolución histórica de las ideas políticas y ético-jurídicas también ha ido forjando en paralelo un marco general ideológico y de principios materiales que proporciona criterios de valoración y de enjuiciamiento de los diferentes datos y situaciones individuales en su contexto histórico y en el presente.

conceda a estas objeciones un sentido sólo emocional o retórico, no prejuzga en nada la validez o invalidez de sus enunciados.

³¹⁶ En *Derecho penal del ciudadano*, pp. 13 ss., 21 ss.

³¹⁷ Véase *Torío*, PJ n° 4 (1986), p. 70.

³¹⁸ Cfr. *supra*

³¹⁹ Véase el mismo diagnóstico en *Schünemann*, GA 2001, pp. 211 s.

A) El carácter histórico y relativo de los contenidos materiales de los órdenes ético-sociales como obstáculo al etiquetamiento y exclusión de individuos como “enemigos”

Un primer dato que, a mi juicio, debería entrar en consideración aquí es el del *carácter histórico y relativo de los contenidos materiales de los órdenes ético-sociales*, y por lo tanto del Derecho; un carácter que, sin duda, es deducible como un hecho definitivamente probado del curso de la más que bimilenaria doctrina del Derecho natural³²⁰. A diferencia de lo que ocurre con las leyes físico-naturales, las leyes del orden social no tienen ningún carácter necesario, sino contingente³²¹, pues su contenido resulta fijado sólo en virtud de “convenciones” entre los hombres o, en el peor de los casos, en virtud de decisiones arbitrarias y de poder de algún hombre, grupo o clase de hombres que las imponen mediante la fuerza y la coacción. Como advierte de modo poético *Welzel*, “ninguno de nosotros, los hombres, hemos asistido al consejo de los dioses, en el que se tomaron las decisiones últimas acerca de las tablas de lo recto y de lo justo”³²², y por ello “el hombre no puede tener jamás la certeza absoluta de que la estructura de sentido que extrae de sí o cuya verdad afirma es la única justa en una situación histórica”³²³. No parece cuestionable la necesidad de una legalidad, de un orden ético-social, en la medida en que ello es una condición de la posibilidad de una convivencia pacífica entre los hombres, así como del desarrollo y hasta de la existencia de una comunidad³²⁴. Pero aquel relativismo de lo recto y de lo justo, sí debe hacer cuestionables, y además de un modo permanente, a los contenidos materiales de la legalidad vigente en cada momento³²⁵. La prohibición, por ejemplo, del aborto, de ciertas manipulaciones genéticas, o del tráfico de drogas y, con la de éste, la prohibición de asociaciones u organizaciones dedicadas a ello, no es ni mucho menos evidente, ni es demostrable tampoco la necesidad de su prohibición. Pero por la misma razón, tampoco es evidente, por ejemplo, la permisón, y, con ella, el carácter lícito y la impunidad, de determinados modos de adquisición y de utilización de la propiedad³²⁶. En definitiva, el orden social establecido y vigente es cuestionable —y debe serlo permanentemente— en sus contenidos axiológicos, en la regulación de sus instituciones, y también, incluso, en cuanto a sus mismas estructuras. Este relativismo, por cierto, también se halla presente como un dato constante y permanente en la historia de las ideas políticas y ético-jurídicas, desde *Protágoras* y los sofistas a

³²⁰ Sobre ello véase por todos *Welzel*, Introducción, pp. 252 ss.; además, véase *Welzel*, JZ (1956), p. 238 y JZ (1957), p. 132; *Cerezo* PG I, p. 53.

³²¹ Véase, en este sentido, *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, p. 26 n. 11, y especialmente, p. 28, donde en comparación con las leyes físico-naturales, dice, respecto de las normas jurídicas y morales, que “precisamente a causa de la evidente contingencia de estas normas, es decir, a causa de —*sit venia verbo*— la indemostrabilidad de la voluntad correcta en relación con las normas jurídicas, y también morales, su vigencia ha de garantizarse de otro modo, precisamente a través de una sanción”. Véase, en sentido similar, *Welzel*, Introducción, p. 254: “toda apelación a lo ‘conforme a la naturaleza’ y toda negación de lo ‘contrario a la naturaleza’ va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba”; véase además a continuación en el texto.

³²² Véase *Welzel*, Introducción, p. 255.

³²³ Véase *Welzel*, Introducción, p. 254.

³²⁴ Véase *Welzel*, Introducción, p. 252.

³²⁵ Porque ellos no son en absoluto deducibles de la naturaleza de las cosas; véase, en este sentido, *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, pp. 279 ss.; *Armin Kaufmann*, *Normentheorie*, p. 2 y *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 16 ss.; *Stratenwerth*, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, p. 28; *Cerezo Mir*, *La naturaleza de las cosas*, p. 59; *el mismo*, en RDPC n° 12 (2003), p. 56; véase también, *Georg Küpper*, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, pp. 41 s.

³²⁶ Así, no es evidente, sino que es, por el contrario, cuestionable el hecho de que no estén tipificadas y caracterizadas como criminales, o por lo menos definidas como ilícitas, prácticas como, por ejemplo, el préstamo de dinero por encima de una determinada tasa de interés, el desplazamiento de las propias obligaciones tributarias a la parte contractual que no realiza el hecho imponible, o el arbitrario y salvaje incremento de los precios de los combustibles por las compañías petroleras.

Duns Escoto y Ockham, desde el propio *Hobbes a Pufendorf*³²⁷, y, según entiendo, también en la conciencia legisladora de la autonomía y del imperativo categórico kantianos³²⁸.

Ahora bien, si los contenidos materiales de los ordenes ético-sociales son relativos y contingentes, de aquí tiene que resultar, a mi juicio, que no puede ser admisible ninguna regulación jurídica de las relaciones sociales, de las instituciones sociales por medio de las que se canalizan aquéllas, así como también de las estructuras jurídico-políticas del Estado, que imponga una determinada concepción del mundo, incluso deseada y compartida por una mayoría, que excluya a grupos de seres humanos, siquiera sea a uno sólo, de la distribución de bienes³²⁹, o que, en fin, imponga obstáculos, o no elimine los existentes, para un ejercicio igual de la libertad por todos y cada uno de los seres y de los grupos de seres humanos. Sin embargo, que todo esto no es hoy más que una utopía, una aspiración que todavía está muy lejos de cobrar realidad, es una evidencia demasiado escandalosa en relación con determinadas cuestiones relativas a la existencia humana, que difícilmente podría ser puesta en cuestión de un modo serio. El hecho patente de que la organización de los actuales mundos sociales sí excluya ya a muchos de la distribución de bienes y del ejercicio material de la libertad³³⁰ es por sí mismo suficiente para tener a los ordenes sociales de tales mundos como injustos e inadmisibles. Ahora bien, dada también la evidencia de que la —ética y políticamente— necesaria transformación de las estructuras económicas, sociales y políticas actuales³³¹, tropieza constante y duramente con la resistencia de los grupos que detentan el poder y la riqueza, y que esta resistencia es prácticamente insuperable por medio de la deseable, racional y por *Welzel* reivindicada dinámica de la *argumentación* y de la confrontación de *ideas*³³²; de todo esto tiene que resultar que por lo menos algunos determinados intentos de transformación del mundo social que, por tales razones, optan para ello por la realización de prácticas contrarias a la legalidad vigente tienen que ser vistos, al menos hasta un cierto punto, como “comprensibles”³³³. Por esta razón, suscribo la postura de *Ferrajoli* favorable a la legitimidad no sólo, por supuesto, de la disidencia, sino

³²⁷ Véase al respecto *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, pp. 279 ss. e Introducción (n. 52), p. 265.

³²⁸ Véase sobre esto *Welzel*, *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, pp. 241 ss.

³²⁹ Por distribución se entiende la “adjudicación de bienes y otros valores”, [aunque también desvalores, daños, gastos y riesgos de daño (peligros)], de acuerdo con la definición de *Joseph Esser* que tomo de *Armin Kaufmann*, *Normentheorie*, p. 264; sobre ello véase, además, *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 9 ss..

³³⁰ Que esto es así, lo reconoce expresamente el Departamento de Información de las Naciones Unidas, en un texto titulado “La Declaración Universal de Derechos Humanos: una Carta Magna para toda la Humanidad”, reproducido en el número monográfico de la Revista *Tiempo de Paz* que está dedicado al cincuenta aniversario de la Declaración Universal (*Tiempo de Paz* 48 (1998), pp. 5-10. “El mundo” —dice el texto mencionado— “está plagado de incidentes provocados por el odio étnico y actos de genocidio, la gente es todavía víctima de actitudes xenófobas, está sujeta a la discriminación por causas de religión o de género y es sometida a exclusión. Millones de personas en el mundo carecen de comida, vivienda, acceso al cuidado médico, trabajo y educación, y demasiadas personas viven en la pobreza extrema. Por lo tanto, la humanidad y dignidad que les son inherentes, no les son reconocidas”; cita tomada de *Carrillo Salcedo*, *Dignidad frente a barbarie*, p. 21.

³³¹ Que, entre otras cosas, posibilitan y permiten, a la vez que la muerte por hambre de seres humanos y de pueblos enteros, la concentración en algunas personas individuales de una riqueza que sólo cabe calificar de indecente, la esclavización política y económica de pueblos enteros por otros pueblos y también la negación del derecho de autodeterminación de los pueblos.

³³² Véase *Welzel*, *Introducción*, pp. 264 ss.

³³³ *Mutatis mutandis*, esto es lo que hay detrás de la observación de *Welzel* acerca de que “las cimas del Derecho Natural se encuentran siempre en el iusnaturalismo revolucionario, allí donde, en lucha contra formas petrificadas [o injustas] de vida, se formulan y se imponen los fundamentos de un orden nuevo: *Cuando el oprimido no puede encontrar en ninguna parte su derecho/ cuando el peso se hace insoportable, alza su mano/ serenamente hacia el cielo/ y se busca desde allí sus derechos eternos, / que se hallan allí arriba inalienables/ e indestructibles como las mismas estrellas*”; véase *Welzel*, *Introducción*, p. 255.

también — así lo expresa él — “de la hostilidad frente al Estado”³³⁴, y de un modo tal que ello no dé lugar a que a los disidentes y hostiles al Estado se los pueda deshumanizar y etiquetar como *enemigos*. Un orden social como el existente que, como según creo, nadie podría poner en duda de un modo serio, por un lado ya excluye de hecho y materialmente a algunos hombres y grupos de hombres de la distribución social de los bienes y del ejercicio igualitario de los derechos y libertades, y que por otro lado y a la vez, tolera a algunos pocos la acaparamiento superabundante de tales bienes y libertades, en algunos casos hasta cotas indecentes, y que a consecuencia de ello, proporciona también a estos pocos el disfrute prácticamente ilimitado de aquéllos bienes y libertades, con la consiguiente reducción de posibilidades para el resto, dada la escasez tanto de los unos como de las otras³³⁵, difícilmente puede verse como *Derecho*, es decir, como algo más que la manifestación de determinadas relaciones de poder, y por ello difícilmente puede verse como un orden — parafraseando aquí a *Welzel* — capaz de enfrentarse con el individuo con la pretensión de *obligarle* en conciencia, y no sólo con la coacción³³⁶. Por ello, hay que tener en cuenta que, en el sentido en que lo advierte *Welzel*, un orden social que intenta imponer una concepción del mundo por medio de la sanción, entrará fácilmente en conflicto con la conciencia de los individuos³³⁷. Y también que, de nuevo como dice *Welzel*, “la idea fundamental de la democracia es, por ello, el aseguramiento de la disposición fundamental de todos los grupos en lucha por el poder político, a que la lucha por el orden social justo sea llevada a cabo como una *lucha de ideas*”, y esto sobre todo “sin tratar de aniquilar como *enemigo* al que piensa de otra manera, tan pronto como se han conseguido la mayoría y el poder”³³⁸. En definitiva, la relatividad y la contingencia de todo orden social, asimismo deducible de — y, por tanto, avalada por — la historia de las ideas políticas y ético-jurídicas, es un hecho que debería impedir el etiquetamiento de ningún hombre como *enemigo* y la despersonalización y deshumanización que conlleva semejante etiquetamiento³³⁹.

B) El descubrimiento histórico de la dignidad humana como límite absoluto del poder y como condición de admisibilidad de un orden social como *Derecho*

Las conclusiones extraídas del relativismo y de la contingencia de los contenidos materiales del orden social en cada lugar y momento histórico, sin embargo, nada resuelven aún sobre la cuestión de la respuesta que puede dar aquel orden a quienes se oponen a él con sus hechos de un modo grave y frontal. La existencia de un orden — no sus contenidos concretos — es necesaria. Por mucho que un orden concreto pueda ser cuestionado en sus contenidos, lo cierto es que se trata de un orden válido y vinculante, esto es, tiene fuerza obligatoria por su mera positividad, por su virtualidad de superar la guerra de todos contra todos³⁴⁰, y si dicho orden quiere mantener su vigencia, entonces deberá reaccionar de algún modo frente a quienes lo hostilizan mediante sus hechos. Un orden social vigente en un momento y lugar determinados se

³³⁴ Véase *Ferrajoli*, *Derecho y razón*, p. 481.

³³⁵ Véase *Gracia Martín*, *Prolegómenos*, p. 184.

³³⁶ Véase *Welzel*, Introducción, p. 266: “Un orden social” — dice *Welzel* — “es solo *Derecho*, si es más que la manifestación de una determinada relación de poder; es decir, si en él se contiene el intento de hacer realidad lo justo y adecuado bajo las condiciones y supuestos de un momento histórico”.

³³⁷ Véase *Welzel*, Introducción, p. 266. A este respecto, no creo que precisen de comentario, ni la criminalización, debida al último Gobierno del Partido Popular, de la convocatoria de un referéndum por autoridad incompetente en el artículo 521 bis CP, introducido mediante la L.O. 20/2003, de 23 de diciembre.

³³⁸ Véase *Welzel*, Introducción, p. 264, cursiva de *Welzel*; en relación con esto, véase la nota anterior.

³³⁹ Además, como plantea *Schünemann*, ¿quién tiene el poder de definición del enemigo?; véase *Schünemann*, GA 2001, p. 212. A este respecto no puede dejar de verse como una ironía el que sea precisamente el Gobierno belicista y belicoso — y acaso también, según se mire: ¿terrorista? — de George Busch, el que denomine como enemigos y terroristas a los presos de Guantánamo, así como también a los iraquíes torturados en su propia patria por los soldados estadounidenses.

³⁴⁰ Véase, en este sentido, *Cerezo* PG I, p. 20.

puede mostrar para algunos como uno inadecuado e injusto. Pero si, por lo ya dicho, ese orden es uno relativo y contingente en cuanto a sus contenidos materiales concretos, del mismo modo habrá que ver también como relativo y contingente en sus contenidos materiales al orden que conciben los disidentes como reemplazo de aquél, y sería contradictorio con lo expuesto anteriormente la tolerancia de que éstos impusieran su orden por la fuerza, pues en tal caso difícilmente podría verse a éste, por lo dicho, como *Derecho*. A este respecto, habría que tener en cuenta que, como dice *Welzel*, todo orden social tiene que ser de tal naturaleza que lleve en sí la posibilidad constante de su propia corrección, y que esta autocorrección se puede considerar asegurada en las democracias gracias a la institucionalización jurídica de la lucha de ideas por medio de la discusión y de la argumentación³⁴¹. Quienes optan por una corrección o transformación del orden social vigente por medio de prácticas y de hechos lesivos de aquél no utilizan pues los mecanismos de autocorrección que brinda el propio orden social y que también han de ser entendidos como medios de evitar la guerra de todos contra todos. En la democracia todos tienen derecho a expresar sus propias opiniones si están dispuestos a escuchar las contrarias, pues aquélla descansa en la idea fundamental de tolerancia *recíproca*³⁴². El orden social no puede entregar su vigencia a la aprobación de su contenido en conciencia por los individuos singulares o por grupos de individuos³⁴³. ¿Es lícito, sin embargo, en relación con quienes amenazan de modo grave la vigencia del orden social con hechos y prácticas de frontal oposición al mismo, que dicho orden les declare enemigos y reaccione frente a ellos con medidas de fuerza propias de la guerra, es decir, con la puesta en práctica de un Derecho penal del enemigo como el que parece estar anclado en la historia y como el que hoy es reivindicado por algunos con los mismos argumentos históricos? Mi respuesta es: *no*.

Si, como queda dicho, todo orden social concreto tiene que reconocerse a sí mismo como relativo y contingente en cuanto a sus contenidos materiales, de aquí tiene que resultar que aquél habrá de partir necesariamente de la premisa de que ni en su constitución, ni tampoco en el transcurso de su vigencia, estará asegurado contra el error ni contra el fracaso³⁴⁴. Por esto, es preciso reconocer que, como dice *Welzel*, “la corrección de faltas no es posible ni echando mano de lo absoluto ni apelando al poder, sino sólo por medio de la discusión y la argumentación”³⁴⁵. Pues bien, si esto es así, entonces no debe perderse de vista el hecho de que *la pena estatal* es, sin duda, un modo particular de argumentación y de diálogo, o bien una forma de comunicación (personal), si es que ello quiere expresarse en clave de lógica sistémica³⁴⁶. La pura coacción física, en cambio, ya no es diálogo ni comunicación personal, sino que se agota en el hecho material de la destrucción y aniquilación del objetivo o del destinatario de la fuerza. Claro que, como ya ha quedado expuesto en esta investigación, esto no sólo no es desconocido ni en el discurso histórico ni en el actual del Derecho penal del enemigo, sino que constituye más bien su punto de llegada. Pues lo que ese discurso dice es, precisamente, y por cierto de un modo abierto y sin ambages, que a determinados individuos se los debe extraer del Derecho de la pena, y, por ello, que ya no hay que reconocerlos como personas en la comunicación ni, por lo tanto, dialogar con ellos por medio de la pena; es decir que de lo que aquí se trata, dice *Jakobs*, es de que “el Estado [ya] no habla con sus ciudadanos, sino [que] amenaza a sus enemigos”³⁴⁷. En contra de lo

³⁴¹ Véase *Welzel*, Introducción, p. 264.

³⁴² Véase *Welzel*, Introducción, p. 264.

³⁴³ Véase *Welzel*, Introducción, p. 266.

³⁴⁴ Así *Welzel*, Introducción, pp. 263 s.

³⁴⁵ Véase *Welzel*, Introducción, p. 264.

³⁴⁶ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, p. 69: “la interpretación del delincuente como una persona que, como igual, expresa un sentido que tiene validez general y que se ve contradicho con la pena, está vinculada a una concepción, si bien deformada, en la que la sociedad no aparece, o no sólo, como comunicación instrumental, sino también como comunicación que reconoce”; véase también *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 23: “la pena significa algo”.

³⁴⁷ Véase *Jakobs*, en Estudios de Derecho judicial, n° 20 (1999), p. 139; además, *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 24: “se procede ... de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación”.

que aquí se sostiene, pues, la relatividad y la contingencia de los contenidos materiales del orden social —de la comunicación— no parecen representar, para el discurso del Derecho penal del enemigo, ningún motivo relevante ni determinante para el mantenimiento del autocontrol del poder punitivo estatal mediante el Derecho penal; por el contrario, la necesidad de defensa de ese orden se erige en el fundamento y en la justificación de la apertura de una brecha en el muro de contención del poder estatal, que le permita mostrarse ya como la espada activa del *Leviatán* en una guerra contra sus enemigos, en la que el uso de la misma ya no conoce ningún límite, ni hace tampoco distinguos³⁴⁸.

A mi juicio, de un análisis unilateral, es decir, singularizado en el discurso del Derecho penal del enemigo contemplado aisladamente y en cuanto tal, difícilmente pueden resultar argumentos que tengan solidez suficiente como para poner en cuestión su validez, y ni siquiera para debilitarla. Metodológicamente, pues, la empresa por medio de la cual se pretenda obtener un conocimiento seguro, o por lo menos plausible, acerca de si el Derecho penal del enemigo puede ser asimilado o, por el contrario, desvirtuado y, con ello, rechazado, requiere de la fijación de un horizonte más amplio y envolvente en que puedan verse los otros objetos y campos diferentes con los que el Derecho penal del enemigo tendría que entrar necesariamente en algún modo de relación precisamente en ese horizonte —el de la democracia y el Estado de Derecho—, y no en otro distinto. A mi juicio, sólo de este modo se puede propender a la obtención, más allá de las emociones, de un conocimiento plausible acerca de si el Derecho penal del enemigo puede coexistir realmente con el Derecho penal ordinario, o si, por el contrario, únicamente es posible mantener ese horizonte de la democracia y del Estado de Derecho bajo la condición de que el Derecho penal del enemigo desaparezca del mismo, para que así el mismo no pueda ya fagocitar al Derecho penal ordinario ni modificar con ello aquel horizonte de un modo substancial o reemplazarlo por otro completamente distinto.

Pues bien, un primer dato que me parece relevante para la fijación del horizonte del que hablo nos lo suministra, de nuevo, la observación del más que bimilenario curso histórico de las doctrinas iusnaturalistas. Semejante observación debe poner a la vista de modo ostensible el hecho de que, en realidad y en el fondo, la historia de la idea del Derecho se puede resumir como una lucha por la configuración de órdenes sociales que puedan imponerse en tanto que *Derecho*, y no sólo en virtud de la mera fuerza o coacción física de un poder superior. La característica original de los órdenes sociales es su imposición mediante la fuerza y la coacción física de un poder superior³⁴⁹. Así pues, no parece sólo que a todo orden social le son consubstanciales originariamente las características del Derecho penal del enemigo, sino que parece también que originalmente todo orden social se agota en dichas características, es decir, en su imposición por la mera fuerza mediante la coacción física del poder. Como describe *Juan Ramón Capella* con respecto a las comunidades o sociedades primitivas, “la violencia militar fundacional de este tipo de sociedades se metamorfosea en instituciones de coerción que aseguran la reproducción de la sociedad tal como está organizada”, de tal modo que se puede afirmar que “el poder político es originariamente la institucionalización de la fuerza cultural-militar de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de su lógica económica”³⁵⁰. La “idea” del *Derecho* es, por el contrario, la lucha por formas distintas de imposición del orden social. Esto, sin embargo, conlleva necesariamente que la fuerza y la coacción física ya no pueden ser válidas por sí solas como medios de imposición del orden social, sino que tienen que ser sometidas a límites. Como dice *Zaffaroni*, expresamente con respecto al “*Derecho penal*”, al cual habría que

³⁴⁸ Cfr. supra. Véase, además, *Hobbes*, *El ciudadano*, cap. VI, 8 [p. 58], donde dice respecto del que llama como “derecho de espada”, que puesto que éste “no es otra cosa que poder usar la espada con derecho a su arbitrio, de ahí se sigue que el *arbitrio* o el *juicio* acerca de su recto uso pertenecen a la misma persona”, y que “en el *Estado* todo *juicio* corresponde a quien tiene *las espadas*, es decir, a quien tiene el *poder supremo*” (cursivas de Hobbes).

³⁴⁹ Sobre ello véase *Juan Ramón Capella*, *Fruta prohibida*, pp. 43 ss.

³⁵⁰ Véase *Juan Ramón Capella*, *Fruta prohibida*, p. 46, donde añade que “el derecho es originariamente una reglamentación coercitiva”.

distinguir claramente del “*poder punitivo*”³⁵¹, “la función más obvia de los jueces penales y del *derecho* penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo”³⁵². Desde este punto de vista, el *Derecho* ha de ser comprendido, pues, como lucha contra el ejercicio desnudo de la fuerza y de la coacción física de un poder superior, y por lo tanto, como *lucha contra el Derecho penal del enemigo*.

En la historia de las ideas políticas y ético-jurídicas, los órdenes sociales adquieren sólo el carácter de *Derecho* cuando se consolida la idea del carácter *obligatorio* de aquél. Esto, sin embargo, presupone que el orden social debe reconocer al hombre como persona responsable. En aquel plano de las ideas, este reconocimiento alcanza su momento culminante con la formulación kantiana de la autonomía del ser humano. *Kant*, sin embargo, no hizo sino culminar un largo proceso histórico en el que esa idea se iba abriendo paso lentamente al tiempo que tenía que sortear obstáculos gigantescos de todas las clases³⁵³. En relación con todo esto, es de capital importancia tener en cuenta el dato de que ese concepto de persona responsable remite inmediatamente a la *dignidad del ser humano*. Ahora bien, aquí no se trata de ninguna persona *jurídica*, o sea, de ninguna construcción social y normativa, sino del hombre empírico de carne y de hueso y que posee también una determinada estructura psíquica. Que el sujeto de la dignidad humana (de la persona) es el hombre empírico, es una cuestión que está resuelta definitivamente en ese sentido, antes que en *Kant*, ya en *Pufendorf*, al entender éste que el hombre es un ser éticamente libre, y que precisamente en ello reside su *dignidad*, una idea ésta que permitió luego deducir la noción de los derechos del *hombre*³⁵⁴. Por lo demás, en *Kant* se encuentra claramente determinado que la dignidad reside en la *humanidad*³⁵⁵, y, por ello, que la misma sólo puede referirse al hombre empírico. “El *hombre*, en verdad”, —dice *Kant*— “está bastante lejos de la santidad; pero la *humanidad* en su persona tiene que serle santa”³⁵⁶. El hombre es un fin en sí mismo que no puede ser *nunca* utilizado como medio por *nadie*, según *Kant* ni siquiera por Dios³⁵⁷. La idea de la dignidad humana la traslada *Kant* en toda su integridad al delincuente. Aquí distingue *Kant* entre la personalidad *civil* y la personalidad *innata*, y es ésta última precisamente la que debe proteger al delincuente frente a toda posible instrumentalización y arbitrariedad, mientras que la personalidad *civil* sí puede perderla mediante la condena³⁵⁸. Ahora bien, esa

³⁵¹ Véase Zaffaroni, PG, p. 4 n° 2.

³⁵² Véase Zaffaroni, PG, p. 5 n° 1.

³⁵³ Véase, sobre todo, *Welzel*, Introducción, pp. 251 s. y nota 6. Según *Welzel*, la *personalidad* del sujeto, y con ella la *dignidad* de la persona, se habría ido poniendo de manifiesto de un modo paulatino en diversos momentos, como los representados por la *syneidesis* griega, la *conscientia* romana, la *synderesis* medieval y, sobre todo, la autonomía kantiana, si bien reconoce que ya se muestra con toda claridad en la figura de Antígona. Por lo que se refiere a los obstáculos históricos con que ha tropezado la lucha por la dignidad humana, y por ello, del *Derecho*, *Welzel* destaca de un modo especial el mantenimiento de la esclavitud por el cristianismo como institución jurídica, a la cual defendió con argumentos sólo en parte aristotélicos. La superación de esta doctrina sólo puede atribuirse al *Derecho* natural de la razón, y en modo alguno, como se pretende, a la Iglesia. Más bien ésta no tuvo otro remedio que plegarse a un mundo distinto en el que ya no podía haber espacio alguno para ninguna defensa de la esclavitud desde el momento en que un tal mundo era ya uno configurado por la Razón. Por eso, dice con acierto *Welzel* (loc. cit., p. 252 en nota 6 que viene de p. 251), “tampoco es aquí lícito cosechar del árbol de la Revelación frutos que han crecido en el árbol de la Razón”.

³⁵⁴ Véase *Welzel*, Introducción, p. 146; véase también, *Martínez de Pisón*, Derechos humanos, pp. 62 s.

³⁵⁵ Véase *Kant*, Fundamentación, p. 201nm. 5: “Así pues, la moralidad, y la humanidad en tanto que ésta es capaz de la misma, es lo único que tiene dignidad”.

³⁵⁶ Véase *Kant*, Crítica de la razón práctica, p. 127 y p. 184. Evidentemente, santo y santidad no tienen aquí ningún significado religioso, pues *Kant* los utiliza como sinónimos de inviolable e inviolabilidad.

³⁵⁷ Véase *Kant*, Crítica de la razón práctica, p. 127, y especialmente p. 184; Fundamentación (n. 261), p. 187.

³⁵⁸ Véase *Kant*, La Metafísica de las costumbres, § 49, E, I, p. 166: “la pena judicial ... no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el *hombre* nunca puede ser manejado como medio para los

personalidad innata en la cual reside la dignidad humana no protege al delincuente precisamente en tanto que delincuente, sino que lo protege en tanto que *hombre*³⁵⁹. “Los seres humanos se denominan *personas*” —dice *Kant*—, “porque su naturaleza ya los distingue como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede lícitamente ser usado *meramente* como medio”³⁶⁰. Todavía hay que tener en cuenta que la dignidad humana tiene para *Kant* un *valor absoluto*³⁶¹ y que esa condición, que resulta de que el hombre es fin en sí mismo, es “objeto del respeto” y “restringe todo arbitrio”³⁶². Pero entonces, si la dignidad humana tiene un *valor absoluto*; si el ejercicio arbitrario de la pura coacción física sobre un hombre desconoce su dignidad porque lo instrumentaliza y lo convierte en una cosa entre las cosas³⁶³; y si el Derecho penal del enemigo no es más que un dispositivo de fuerza y coacción que se pone al servicio de la exclusión o de la eliminación de determinados hombres; de todo esto tiene que resultar, por fuerza, que la remisión a *Kant* de cualquier fundamentación histórico-ideológica de un Derecho penal como el del enemigo sólo puede tener como efecto la puesta del pensamiento kantiano en una situación de conflicto insalvable de “contrarios”; un conflicto, empero, que *Kant*, dado el *valor absoluto* que concede al respeto de la humanidad de todo ser humano, sólo podría resolver lógicamente mediante el sacrificio y la negación del Derecho penal del enemigo. Este pretendido Derecho, entonces, o bien es uno que respeta la dignidad del ser humano, en cuyo caso ya no es Derecho penal *del enemigo*, sino auténtico y legítimo Derecho penal, o bien es uno que violenta dicha dignidad, en cuyo caso ya no podrá tener ninguna legitimidad y deberá ser rechazado del modo más absoluto sólo porque éste —absoluto y de validez *a priori*— es precisamente el carácter de la exigencia del respeto a la dignidad del ser humano, el cual, por ello, constituye una condición de la validez de todo Derecho.

De todo lo expuesto resulta que en el horizonte envolvente que había fijado al principio —el de la democracia y del Estado de Derecho— se contempla un movimiento histórico cuya característica más sobresaliente no es otra que la de una constante lucha de la humanidad por la limitación y la reducción del ejercicio del poder punitivo, esto es, de la fuerza y de la coacción física del poder, mediante la fijación y progresivo desarrollo del valor de la dignidad del ser humano como uno de carácter absoluto y, por ello, deslegitimador e invalidante de todo ejercicio de la fuerza y de la coacción físicas como formas de imposición e incluso de defensa de los órdenes sociales históricos y, por ello, contingentes. En la medida en que el Derecho penal del enemigo sea sólo fuerza y coacción físicas para la imposición y defensa del orden social, entrará en una contradicción insalvable con la dignidad del ser humano y deberá ser deslegitimado e invalidado de un modo absoluto. El horizonte de la democracia y del Estado de Derecho no puede abarcar ninguna coexistencia de un Derecho penal para ciudadanos y de un Derecho penal para enemigos. El Derecho penal del enemigo no tiene cabida en el horizonte de la democracia y del Estado de Derecho, porque sólo en el horizonte de una sociedad no democrática y de un Estado totalitario es imaginable la emergencia de un Derecho penal del enemigo³⁶⁴.

propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real; frente a esto le protege *su personalidad innata*, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil” (cursivas mías).

³⁵⁹ Cfr. nota anterior.

³⁶⁰ Véase *Kant*, Fundamentación, p. 187, cursivas de *Kant*.

³⁶¹ Véase *Kant*, Fundamentación, pp. 185/187.

³⁶² Véase *Kant*, Fundamentación, p. 187.

³⁶³ Véase, en este sentido, *Welzel*, Introducción, p. 251: “la coacción convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas”.

³⁶⁴ Sobre ello, particularmente sobre la imagen bélica del Derecho penal emergente de la ideología de la “seguridad nacional”, véase *Zaffaroni*, PG, pp. 17 ss., y en particular sobre los efectos de ese poder punitivo bélico, loc. cit., p. 18 n° 3.

3. Confirmación actual de la crítica del Derecho penal del enemigo

A) Un callejón sin salida: ¿en qué momento se define al enemigo como no-persona?

Una primera reflexión que sugiere el discurso del Derecho penal del enemigo lleva a interrogar por si el mismo no conduce a un callejón sin salida, como el que se describe mediante la siguiente argumentación, a la cual, sin embargo, no hay que concederle otro alcance que el meramente dialéctico, es decir, el de interrogar al discurso del Derecho penal del enemigo acerca de cómo resolvería determinados problemas con los instrumentos de su propia lógica interna.

En efecto, si el Derecho penal del enemigo se construye a partir del reconocimiento de sus destinatarios como *no-personas*, entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de no-personas ya en la realidad previa del Derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio Derecho penal del enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente autorreferente y, por ello, circular³⁶⁵. Desde otro punto de vista, los concretos enemigos y no-personas tendrían que estar ya identificados como tales también antes de la aplicación en cada caso de ese ordenamiento, pues de lo contrario no habría modo de saber si el mismo se aplica realmente a un enemigo o a un ciudadano, es decir, a una no-persona o a una persona. El discurso del Derecho penal del enemigo dice encontrar ese concepto previo de no-persona que le es necesario para poder entrar en acción, en el dato de que un individuo ha abandonado de modo duradero el Derecho, lo cual se infiere de su habitual y reiterada dedicación a la comisión de infracciones del Derecho. Si esto fuera así, entonces no parece que precise de ninguna aclaración que ese Derecho que tiene que ser reiterada y permanentemente infringido por el individuo en cuestión sólo puede ser el del "ciudadano". Sin embargo, un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una *persona*. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una *persona*. Ahora bien, para comprobar que el individuo en cuestión ha infringido realmente el Derecho del ciudadano habrá que someterle necesariamente a un proceso penal que obviamente también debe seguir las reglas del Derecho del ciudadano. Esto, sin embargo, significa que cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, que lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia³⁶⁶. Pero si en el proceso se obtiene la certeza de que el sujeto ha cometido la infracción, entonces lo que habrá de seguir a dicha comprobación no podrá ser nada distinto a las consecuencias jurídicas del Derecho del ciudadano, por ser éste el Derecho que ha infringido y conforme al cual se le ha juzgado.

Pero entonces, si según los postulados de la doctrina del Derecho penal del enemigo, todo el que es juzgado por el Derecho Penal del ciudadano lo es en su condición de persona, y si la pena que se impone al que resulta condenado por este Derecho en nada le priva de su *status* de ciudadano ni de su condición de persona, los cuales conserva íntegramente a pesar de su condena, ¿dónde puede encontrar el Derecho penal del enemigo a sus destinatarios, es decir, a individuos que carezcan de la condición de persona y que preexistan lógicamente a toda pretendida

³⁶⁵ Cfr., en sentido similar, *Schünemann*, GA 2001, pp. 211 y 212, afirmando, más allá de un planteamiento hipotético como el formulado por mí en el texto, que de hecho y en realidad el discurso del Derecho penal del enemigo se construye mediante una argumentación completamente circular.

³⁶⁶ Véase, en este sentido, *Schünemann*, GA 2001, p. 211.

regulación y aplicación de tal Derecho?³⁶⁷ Claro que a esto se podría contestar que es justamente el proceso el que determina finalmente la privación al individuo de su condición de persona y con ello su exclusión de la ciudadanía y su declaración como enemigo. Sin embargo, esto para nada afectaría a que el proceso tuviera que desarrollarse con todas las garantías propias del ciudadano, pues desde el inicio de aquél y, al menos, hasta su conclusión mediante una sentencia condenatoria, el imputado no puede encontrarse en ningún otro *status* que no sea el de ciudadano³⁶⁸. Con esto se demuestra que, en principio, al Derecho penal del enemigo sólo le es posible partir de la existencia previa de *personas*. Pero si esto es así, entonces los contenidos y las reglas materiales de ese Derecho no podrán ser otras distintas que las del Derecho penal del ciudadano. La argumentación desarrollada, sin embargo, y como he dicho, no tiene más valor que el dialéctico, y por consiguiente no puede ser acogida como decisiva en contra del Derecho penal del enemigo.

B) El destinatario del Derecho penal es el hombre empírico, y no la persona normativa (jurídica)

En un sentido material, una primera valoración que puede hacerse sobre las regulaciones típicas del denominado Derecho penal del enemigo debe llevar a la conclusión de que a las mismas no se les puede reconocer ya el carácter de *Derecho*. A esta conclusión tiene que conducir ya inmediatamente, y por sí mismo, el propio paradigma sobre el que pretende construirse semejante ordenamiento, esto es, la negación a sus destinatarios de la condición de personas³⁶⁹. De acuerdo con un general convencimiento del presente, únicamente cabe conceder el carácter de Derecho a una regulación si ésta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable. Como dijera *Arthur Kaufmann*, el centro de gravedad y el quicio de una fundamentación jurídica no funcionalista es el concepto de persona, pues éste constituye la medida indisponible del Derecho correcto³⁷⁰. La *persona responsable* constituye “el polo superior, del que pende toda teoría jurídica”, si es que quiere reconocerse al Derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder, es decir, si quiere reconocerse a aquél como un orden que se impone en virtud de su carácter *obligatorio*, y no como uno que se impone por medio de meros actos de coacción de un *poder superior*³⁷¹. “Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica” —dijo *Welzel*— “tiene que reconocer a esta persona como *persona*”³⁷². En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto, dice asimismo *Welzel*, “convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas”³⁷³. Por el contrario, “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”³⁷⁴.

³⁶⁷ Cfr. en sentido parecido *Schünemann*, GA 2001, p. 212.

³⁶⁸ Por cierto, que no en otro sentido cabe interpretar, a mi juicio, el texto de *Rousseau* expuesto *supra*. Cfr., no obstante, sobre otras posibles interpretaciones de dicho texto, *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), pp. 598 ss.

³⁶⁹ Sin embargo hay que tener en cuenta que, como veremos *infra*, el discurso del Derecho penal del enemigo utiliza un concepto de persona para el Derecho penal bien diferente al de la doctrina dominante y al que aquí se defiende.

³⁷⁰ V. *Arthur Kaufmann*, Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen, pp. 268 ss., 275; y, en el mismo sentido, *Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslhre, p. 86.

³⁷¹ Así *Welzel*, Introducción, p. 251; cfr. en el mismo sentido, entre otros, *Zaffaroni* PG, p. 95.

³⁷² Véase *Welzel*, Introducción, p. 252.

³⁷³ Véase *Welzel*, Introducción, p. 251.

³⁷⁴ Véase *Welzel*, Introducción, p. 252.

La negación del carácter de Derecho a las regulaciones del Derecho penal del enemigo, sin embargo, no parece ningún argumento suficiente, ni mucho menos definitivo, para privar a las mismas de legitimidad o de validez. Pues esa negación, al menos con respecto al que es penado con arreglo a dichas regulaciones, es algo que ya ha reconocido expresamente el mismo *Jakobs*, como hemos comprobado al exponer sus ideas³⁷⁵, y que también parecen reconocer, o por lo menos dejan abierta la posibilidad de que así sea, quienes muestran una disposición favorable en mayor o en menor medida a ese complejo normativo³⁷⁶. El problema, pues, ha de plantearse en términos de si en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho se puede legitimar la existencia de un “Derecho de lucha contra los enemigos” como “complemento” del *Derecho penal*³⁷⁷ y, por ello, como una *excepción* a éste que no tendrá el carácter de “Derecho” porque el contenido de sus regulaciones será únicamente el ejercicio de la coacción y de la fuerza. Obviamente, *Jakobs* responde afirmativamente a dicha cuestión y, además, advierte que aquella denominación “*no en todo caso pretende ser peyorativa*”, entre otras cosas porque el Derecho penal del enemigo, evidentemente, no legitima ninguna actuación espontánea e impulsiva, sino sólo actuaciones regladas³⁷⁸. Con esto último, *Jakobs* parece querer insinuar que el Derecho penal del enemigo podría tener un cierto carácter de “Derecho” en la medida en que sus *reglas* impondrían en todo caso ciertos *límites* al ejercicio del poder y de la coacción estatales. Esto, sin embargo, en nada afectaría a la comprobación ya hecha de que aquél, como el mismo *Jakobs* reconoce, no sería Derecho *con respecto al penado*. La cuestión que permanece en pie, y que a mi juicio es la fundamental, es si se pueden legitimar reglas de actuación estatal que afecten a la libertad de sus destinatarios sin reconocerles como personas y, por consiguiente, que —como sucede con las del Derecho penal del enemigo— permitan una actuación estatal que traspase los límites que impone la condición de persona.

Muñoz Conde ha desarrollado una argumentación contraria que, sin duda, suscribo *en parte* en sus contenidos. Según *Muñoz Conde*, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona³⁷⁹. Por otro lado, el Derecho penal es un sistema de imputación cuyas reglas se fijarían en virtud del “acuerdo” de las personas que integran la sociedad “sobre los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito”³⁸⁰. Ahora bien, según *Muñoz Conde*, tales reglas de la imputación no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado³⁸¹. En mi opinión, sin embargo, *Jakobs* no encontraría dificultades serias para superar estas objeciones de *Muñoz Conde*. En primer lugar, y para comenzar con lo último, la teoría de *Jakobs* es un claro exponente de la derivación de determinadas reglas de imputación —y no de otras distintas— precisamente de una determinada concepción, que, como es sabido, infiere de una determinada teoría de sistemas, acerca del *hombre* (sólo un sistema psíquico) y de la sociedad (nada más que un sistema de comunicaciones). Para *Jakobs* no es precisamente el

³⁷⁵ Cfr. inmediatamente *supra*.

³⁷⁶ Véase *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, p. 166, para quien queda en pie la cuestión conceptual de si se trata de Derecho o si, por el contrario, es un “no-Derecho”, esto es, “una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’”; por su parte, *Pérez del Valle*, CPC, n° 75 (2001), pp. 612 s., se limita a dejar planteada la duda y a estimar que sería paradójico que un Estado de Derecho generara normas que no se revelan como Derecho.

³⁷⁷ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, pp. 53 s.

³⁷⁸ Véase *Jakobs*, Derecho penal del ciudadano, p. 22; cfr. además loc. cit., pp. 43 ss.

³⁷⁹ Véase *Muñoz Conde*, Edmund Mezger, p. 118. Esta es una afirmación que, sin duda, comparto sin reservas, si bien, como veremos, porque mi concepto de “persona” parece coincidir con el de *Muñoz Conde* y no con el de *Jakobs*.

³⁸⁰ Véase *Muñoz Conde*, Edmund Mezger, p. 119.

³⁸¹ Véase *Muñoz Conde*, Edmund Mezger, p. 119.

hombre el sujeto del Derecho penal, sino la *persona*, y, por lo tanto, sólo ésta es sujeto de la *imputación*. Ahora bien, la persona no está dada por la naturaleza, sino que “es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona”³⁸². Pero si esto es así, entonces, en la *lógica interna* del discurso de *Jakobs*, sí es posible que aparezcan no-personas, y, de acuerdo con dicha lógica, éstas ya no podrán ser susceptibles precisamente de imputación jurídico-penal. Y si conforme a esa lógica los enemigos son no-personas, entonces tampoco se les imputará ningún delito para poder imponerles una pena como consecuencia, y restablecer así la vigencia del ordenamiento jurídico. Esto está suficientemente claro en el discurso de *Jakobs*. Frente a los enemigos la reacción es pura coacción, y la finalidad de ésta es sólo el aseguramiento cognitivo ante el peligro que representan, no la confirmación de la validez de la norma; a ellos no se les aplica ninguna pena, sino que se les somete y excluye por medio de actos de pura fuerza o coacción. Por otra parte, si las reglas de la imputación, como sostiene *Muñoz Conde*, se constituyeran a partir del “acuerdo” de quienes integran la sociedad, nada impediría que mediante un tal acuerdo la sociedad conviniera en negar la condición de persona a determinados individuos y en que estos quedaran excluidos del Derecho penal, esto es, de las reglas de la imputación jurídico-penal³⁸³. En este sentido, por lo demás, no sólo no puede descartarse, sino que, al contrario, más bien debe suponerse la existencia real de un tácito consenso o acuerdo social en la negación del carácter de personas a ciertos delincuentes, esto es, en la *exclusión* de las reglas de imputación jurídico penal de los individuos —en todo caso, de los etiquetados como terroristas— a los que se dirige el discurso del Derecho penal del enemigo³⁸⁴.

Si la argumentación de *Muñoz Conde* me parece, por lo dicho, inadecuada para debilitar el discurso de *Jakobs*, es porque, sin duda, aquél y éste desarrollan sus discursos a partir de paradigmas distintos. El concepto de persona que utiliza *Muñoz Conde* parece ser uno que identifica a aquélla con el hombre, con el individuo humano. El concepto de persona que utiliza *Jakobs*, en cambio, y como ya se ha visto en detalle, está por encima del ser humano, pues es sólo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien *no a todos*. En la lógica del discurso de *Jakobs*, el despojo de la condición de persona debe tener como consecuencia la aparición del hombre o del individuo humano como ser existencial. Las reglas del Derecho penal del enemigo operan sobre el hombre, no sobre la persona. Ahora bien, hay que tener en cuenta que todo proceso penal y toda pena, por mucho que en su resultado empírico afecten en mayor o menor medida al ser existencial del individuo, en primer término inciden precisamente en la esfera de los *derechos* que el mismo tiene *atribuidos* en cuanto persona *jurídica*³⁸⁵, los cuales resultan limitados e incluso eliminados. Pero si esto es así, nada podría impedir que el ordenamiento jurídico privara a un individuo de la totalidad de sus *derechos* y, con ello, de la condición de persona *jurídica*. En tal caso, ese despojo dejaría al descubierto a la persona en cuanto hombre o individuo en el sentido existencial. El que el Derecho penal del enemigo prive

³⁸² Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona (n. 163), p. 83.

³⁸³ En este sentido, y en parte, puede tener razón *Pérez del Valle* cuando advierte sobre la dificultad con que puede tropezar “una crítica al ‘derecho penal del enemigo’ que pretenda apoyarse en el contractualismo que lo necesita para sobrevivir”; véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 612 y nota 57, donde cita precisamente la objeción de *Muñoz Conde*. De la afirmación de *Pérez del Valle*, me parece discutible que el Derecho penal del enemigo necesite al contractualismo para sobrevivir; *Jakobs* no es en general un contractualista riguroso; véase sólo *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica, pp. 36 ss. y Sociedad, norma y persona, pp. 15 s.

³⁸⁴ Cfr. a este respecto *Díez Ripollés*, REPC n° 6 (2004), p. 9 [= JpD n° 49 (2004), p. 29], donde observa cómo en la sociedad “se han puesto de moda calificaciones como las de ‘predador sexual’, ‘criminal incorregible’, ‘asesino en serie’, ‘jóvenes desalmados’ ... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente”; además, *Díez Ripollés*, REPC n° 6 (2004), p. 19 [= JpD n° 49 (2004), p. 34], donde al finalizar su descripción del fenómeno de la implicación de la sociedad en la lucha contra el delito, concluye que dicho fenómeno “ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión de los delincuentes”, lo cual, a su juicio, “constituye un cambio en las actitudes sociales ante la delincuencia de primera magnitud”.

³⁸⁵ Cfr. sobre esto luego

a un individuo de su condición de persona *jurídica*, no significa por eso sólo que, además, niegue a aquél su condición de hombre. En este sentido, pues, si el Derecho penal del enemigo, a pesar de todo, se mantuviera no obstante respetuoso con la “dignidad del *ser humano*” a la que apela *Muñoz Conde*, podría ponerse en tela de juicio la objeción de que aquél no pudiera encontrar ninguna legitimidad en una sociedad democrática y en el Estado de Derecho. La cuestión, entonces, debe plantearse, a mi juicio, en los siguientes términos. En primer lugar, debe indagarse acerca de si para el Derecho penal es sostenible un concepto puramente normativo de persona, ya sea en el sentido particular de *Jakobs* o en cualquier otro. Pero en segundo lugar, y aun cuando un concepto tal fuera sostenible, la pregunta definitiva a la que hay que dar respuesta es la relativa a si el substrato que en todo caso habrá de quedar tras el despojo a alguien de la condición —exclusivamente normativa— de persona, esto es, el hombre empírico del campo de la experiencia (*homo phenomenon* en el sentido de *Kant*), no será portador ya de cualidades inmanentes determinantes de una negación de validez y de legitimidad a toda actuación sobre él que violente tales cualidades. Si así fuera, entonces no cabrá conceder espacio alguno a ningún Derecho penal del enemigo. A este respecto, hay que decir ya que, en contra de lo que, según ya hemos visto, parece insinuar *Jakobs*, la evidencia de que el Derecho penal del enemigo se desarrolle con base en reglas, y no como una práctica de actuaciones espontáneas e impulsivas, no dice nada acerca de la legitimidad de aquél. Pues lo decisivo no es la existencia de reglas sino el contenido material, esto es, axiológico, de dichas reglas, y si las mismas se opusieran a algún valor fundamental, entonces no cabría reconocerles ninguna legitimidad. Cuestión diferente, cuya respuesta, sin embargo, ha de quedar aquí suspendida y aplazada, es la relativa a si en el caso de que se niegue legitimidad al Derecho penal del enemigo, el Derecho dispondrá de reglas adecuadas para tratar a unas formas de criminalidad que, sin la menor duda, y en muy diversos planos, no pueden parangonarse ni de lejos con la criminalidad a la que convencionalmente podemos denominar como “tradicional”.

La construcción de un “Derecho” penal del enemigo podría ser válida si, a su vez, se aceptara también como válida la diferenciación que hace *Jakobs* entre persona e individuo en relación precisamente con el Derecho *penal*, en el sentido de que éste se dirigiría sólo —y, por ello, tendría como sujetos de la imputación jurídico-penal exclusivamente— a las *personas*. En efecto, en tal caso, quienes no fueran reconocidos como personas, sino sólo como meros individuos, ya no estarían sujetos al Derecho *penal*. Para el caso de que fuera necesaria alguna reacción estatal frente a ellos, deberían establecerse entonces medidas que seguirían reglas diferentes a las del Derecho penal, y cuyo principio o punto de vista valorativo fundamental, esto es, legitimador, debería ser uno distinto al del reconocimiento del hombre como persona, como ser responsable, toda vez que éste, como ya vimos, y como ya pusiera de relieve *Stratenwerth*, es el principio que constituye la directriz de toda regulación de conductas humanas y el que, por ello mismo, se encuentra en el punto de partida del Derecho penal³⁸⁶. En este sentido, ese “Derecho” penal del enemigo, podría justificarse, por ejemplo, mediante el principio de *necesidad* de aseguramiento cognitivo frente a peligros y quedar limitado en virtud de una ponderación de males de la que resultara que aquél es el mal menor, tal y como apunta *Silva Sánchez*³⁸⁷. La cuestión, empero, es si puede sostenerse que el Derecho penal tiene realmente como destinataria a la persona, en el sentido de *Jakobs*, y no al individuo, es decir, al hombre real individual,

³⁸⁶ Véase *Stratenwerth*, Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”, pp. 17 ss.; en el mismo sentido, *Cerezo Mir*, La naturaleza de las cosas, pp. 56 ss.; *el mismo*, en RDPC n° 12 (2003), pp. 59 ss. Véase también, *Georg Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, pp. 30 ss.

³⁸⁷ Véase *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, pp. 165 y 166, remitiendo tal respuesta, con razón, al campo de las medidas de seguridad. Recientemente, *Silva* ha desarrollado una tesis conforme a la cual para la imposición de medidas de seguridad a *inimputables* bastaría con la comprobación de la lesión objetivamente típica —es decir, sin necesidad de comprobar además la presencia del tipo subjetivo— y de la peligrosidad del sujeto; véase *Silva Sánchez*, LH-Bacigalupo I, pp. 885 ss. Dado que los llamados enemigos, sin embargo, son, por un lado sujetos imputables, y por otro ajenos al Derecho *penal*, habrá que reflexionar acerca de los presupuestos que deberán exigirse para su sometimiento al Derecho de medidas.

empírico³⁸⁸. Si esto último fuera lo correcto, entonces no podría justificarse ya ningún Derecho penal del enemigo excepcional, pues su destinatario sería idéntico al del Derecho penal “ordinario” y, por ello, debería regirse por los mismos principios que éste y quedar sometido a sus mismas reglas, límites y garantías. Y esto último, precisamente, es lo que me parece correcto como paso a demostrar.

Independientemente de cuál sea la fundamentación teórica del concepto de persona que se estime más correcta, es cierto, sin duda, que el ordenamiento jurídico parte de un concepto de persona entendido como construcción normativa en algunos de sus ámbitos particulares, sobre todo en el Derecho civil y en el Derecho público. A este respecto es clásica ya la doctrina de *Kelsen*. “La llamada persona física” —dice— “no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. No es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes. *En este sentido*” —concluye— “la llamada persona física es una persona *jurídica*”³⁸⁹. Así pues, la persona —*en ese sentido*— no es más que un *centro de imputación normativa* de efectos jurídicos, normalmente de derechos y deberes, aunque también de expectativas, cargas, etc.³⁹⁰. Por lo demás, *Jakobs* tiene que reconocer que, en ese sentido, el concepto de persona es “relativo”, pues si bien un niño pequeño puede ser persona en Derecho civil en la medida en que puede ser propietario, en cambio no lo es en Derecho penal en la medida en que carece de capacidad de culpabilidad, y si bien un autor juvenil de quince años con capacidad de culpabilidad es persona para el Derecho penal, sin embargo no lo es para el Derecho electoral en sentido político³⁹¹. *En este sentido*, no puede verse inconveniente alguno en el entendimiento de la “persona” como portadora de roles (propietario, elector, etc.) y de que tales roles comportan determinadas exigencias y expectativas normativas cuyo destinatario es la persona. En este plano, necesariamente abstracto, también es posible entender incluso que, en principio, para nada entra en consideración el individuo real con sus capacidades y facultades psicofísicas. Ahora bien, y sin embargo, también parece que hay que entender que, en rigor, este no es el plano que corresponde propiamente a la regulación de “conductas humanas”, sino más bien el propio de las normas impersonales de *valoración*, o bien el de las denominadas como normas o proposiciones *distributivas* por *Joseph Esser*. Por distribución se entiende la “adjudicación de bienes y otros valores, pero también desvalores, daños, gastos y riesgos de daño (peligros)”³⁹². Es decir, si se quiere, por distribución se podría entender también, formalmente y *mutatis mutandis*, la atribución de derechos y deberes, de roles y de expectativas normativas y, por lo tanto, el modo en que el orden normativo constituye a la persona como centro de la imputación de derechos y de deberes. En esta distribución y atribución, sin embargo, no parece que quepa ver nada más que meros juicios de valor o de *deber ser* que no pueden fundamentar más que un deber impersonal (*müssen*) en el sentido de que las relaciones de adjudicación establecidas mediante la distribución *tienen que realizarse*³⁹³. Para esta concepción del deber, empero, la persona no entra en consideración como *sujeto* sino sólo como *objeto* de la distribución³⁹⁴, y en este sentido, por ello, como dice con razón *Armin Kaufmann*, por

³⁸⁸ Esta es la tesis de *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 3 ss., 102 ss., 160 ss. y *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 2 ss., 35 ss. Obviamente, dicha tesis es rechazada por *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, p. 50, y también por *Müssig*, RDPC n° 9 (2002), pp. 179 ss.

³⁸⁹ Véase *Kelsen*, Teoría pura del Derecho, pp. 160 ss. (cursivas mías).

³⁹⁰ Véase, en este sentido, por ejemplo, *H.J. Wolf*, Verwaltungsrecht I, pp. 194, 201 ss.; *Luna Serrano*, en Lacruz/Sancho/Luna/Delgado/Rivero, Elementos de Derecho civil I, p. 250; *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro I, p. 8; *el mismo*, La cuestión de la responsabilidad penal, p. 40.

³⁹¹ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización, p. 72.

³⁹² Definición de *Joseph Esser* que tomo de *Armin Kaufmann*, Normentheorie, p. 264; sobre ello véase, además, *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 9 ss..

³⁹³ Véase *Gracia Martín*, La cuestión de la responsabilidad, pp. 64 s.

³⁹⁴ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 127 ss., 265.

ejemplo, tanto el bebé como el inimputable *tienen que pagar* impuestos, del mismo modo que bajo determinadas condiciones *tienen que indemnizar*³⁹⁵. Ahora bien, a estos deberes impersonales les corresponde no sólo el que *tengan que realizarse* las relaciones de adjudicación, o cumplirse las expectativas normativas de los roles que constituyen su objeto, sino sobre todo que las mismas *se realicen o cumplan efectivamente*³⁹⁶. Sin embargo, y parafraseando a *Jakobs*, hay que tener en cuenta que estos deberes impersonales (normas de distribución), a diferencia de lo que ocurre con las leyes físico naturales, carecen completamente de fuerza genuina para realizarse³⁹⁷, y que por ello habrá que apelar a alguna fuerza *externa* a los mismos que tenga la capacidad de realizarlos efectivamente.

La fuerza, por así decirlo, capaz de realizar el deber o de cumplir con las expectativas normativas del rol no puede ser la *persona* misma. Ésta no es más que el objeto que resulta de la imputación de deberes o de la asignación de roles cargados de expectativas normativas. Por ello, y más allá de una mera contemplación abstracta, sólo cabe entender que la efectiva realización del deber, o bien el efectivo cumplimiento de las expectativas del rol, serán el modo en virtud del cual se puede *actualizar* la persona. Pero entonces hay que reconocer que aquéllo por medio de lo cual se dé al deber o a la expectativa el cumplimiento que actualizará a la persona tiene que ser algo distinto a la persona misma. Así tiene que reconocerlo el mismo *Jakobs*. En el caso de la persona física, no puede prescindir, al menos, del dato empírico de la *consciencia* de los individuos (sistemas psíquicos), pues de lo contrario no sería posible la actualización práctica y efectiva del sistema social, esto es, de la comunicación. En efecto, según *Jakobs*, los derechos y deberes que constituyen a la persona únicamente pueden ser “administrados a través de un *cuerpo* y de una *consciencia*”, para ello es preciso “como mínimo un *cuerpo animado*”, y “la *consciencia es necesaria* porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella”³⁹⁸. De aquí, sin embargo, sólo puede resultar que la fuerza a la que es preciso apelar para el cumplimiento de los deberes y de las expectativas normativas tiene que radicar necesariamente en el sistema biopsíquico. Pero esto, entonces, significa que en modo alguno la persona, sino sólo el *hombre* empírico y concreto del mundo de la experiencia puede y tiene que ser el destinatario de los dispositivos, es decir, de las normas de determinación y de las sanciones que se establezcan para asegurar el cumplimiento de los deberes y de las expectativas normativas, o bien la vigencia de las normas (de valoración, constitutivas de la sociedad). Esta es, por otra parte, la tesis de una opinión absolutamente dominante que, además, me parece correcta. El Derecho penal, como dice con razón *Zaffaroni*, debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un *psiquismo* que tiene sus estructuras”³⁹⁹. Como ya indicara *Maiwald*, en Derecho penal “sujeto de la imputación es el *hombre*, si y en la medida en que actúa responsablemente”⁴⁰⁰. Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también es el *hombre* y no la persona, tal como lo enfatiza

³⁹⁵ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie, p. 127.

³⁹⁶ En este sentido *Nicolai Hartmann* (el juicio de valor tiende a realizarse), citado por *Armin Kaufmann*, Normentheorie, p. 75; véase además *Armin Kaufmann*, loc. cit., p. 127; *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro I, pp. 297 s. y 414.

³⁹⁷ Concretamente: “otra parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse; concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones”; véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona, p. 27.

³⁹⁸ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización, p. 72.

³⁹⁹ Véase *Zaffaroni* PG, p. 94.

⁴⁰⁰ Véase *Maiwald*, ZStW, 1966, p. 54; y en el mismo sentido, *Hardwig*, Die Zurechnung, pp. 117 ss.

Schünemann al decir que “el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso”⁴⁰¹.

En efecto, el orden social, constituido en primer término por el conjunto de las normas de valoración y de distribución —o, si se quiere, por un determinado sistema de comunicaciones—, carece en sí mismo de fuerzas o mecanismos que aseguren su realización efectiva o su vigencia real. Un aseguramiento de su realización sólo puede pretenderse, o bien mediante su imposición por la fuerza o la coacción, o bien mediante la creación de una *obligación*. Como ya se dijo antes, sin embargo, únicamente en este último caso, y en modo alguno en el primero, podrá reconocerse a dicho orden como *Derecho*⁴⁰². El concepto de obligación de que aquí se trata ya no se identifica con el *deber ser* impersonal (*müssen*), puramente axiológico, de las normas de valoración en el sentido ya expuesto. Ahora se trata de un concepto de deber (*sollen*) en sentido más bien *teleológico*, porque su fin es un “deber *hacer*” que tiene por objeto, precisamente, el contenido axiológico de aquel deber ser impersonal⁴⁰³. La *obligación* de que aquí se trata ahora se caracteriza por fundamentar un “concreto deber” (*konkretes Sollen*)⁴⁰⁴, en el sentido, que ya definiera *Binding*, de “un deber *personalísimo* que consiste en la puesta en práctica de la *capacidad de acción*”⁴⁰⁵. De este modo, pues, como dice *Armin Kaufmann*, “los deberes en este sentido tienen el mismo objeto que las normas [de determinación]: la omisión o la realización de un *acto (final)*”⁴⁰⁶, y por otro lado se orientan a la producción en sus destinatarios de un *efecto psico-social de motivación*⁴⁰⁷. Ahora bien, de todo esto sólo puede resultar como conclusión válida que la teoría de la responsabilidad penal —de la imputación— no toma como referencia a la persona en cuanto construcción social o normativa, sino al *hombre*⁴⁰⁸. Por otro lado, esto mismo hay que decir con respecto a las consecuencias jurídicas, más concretamente con respecto a la pena⁴⁰⁹. Aquí debe tenerse en cuenta no sólo la observación de *Schünemann* de que a quien se castiga es a un hombre de carne y hueso, sino sobre todo que el postulado kantiano de la teoría de la pena, conforme al cual el delincuente no debe poder ser utilizado como medio para alcanzar fines sociales, también tiene como referencia al *hombre*, y no a la persona, pues nada distinto puede derivarse del hecho de que *Kant* apele precisamente a “su personalidad *innata*” como el valladar que lo debe proteger frente a una tal instrumentalización⁴¹⁰.

De todo lo expuesto se puede deducir ya como una conclusión segura y cierta que en Derecho penal, el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona *normativa* o *jurídica*, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el *hombre*, por el *individuo*

⁴⁰¹ Véase *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo, p. 655; véase en el mismo sentido, pero en general contra la distinción sistémica de individuo y persona, *García Amado*, en DOXA n° 23 (2000), p. 255: “al individuo no se le castigaría por ser como es, sino por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es”; véase también en el mismo sentido, *Ramos Vázquez*, Del otro lado del espejo, pp. 97 s.

⁴⁰² Cfr. supra

⁴⁰³ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 75 s. y 281.

⁴⁰⁴ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie, p. 266; *Gracia Martín*, La cuestión de la responsabilidad penal, p. 67.

⁴⁰⁵ Véase *Binding*, Normen I, p. 99.

⁴⁰⁶ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie, p. 128.

⁴⁰⁷ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie, p. 161.

⁴⁰⁸ Véase en este sentido también *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo, p. 655.

⁴⁰⁹ Véase en este sentido *Würtenberger*, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, pp. 26 ss., especialmente pp. 30 s.

⁴¹⁰ Cfr. supra nota de p. ; en el mismo sentido *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo, p. 655 y n. 52.

humano. En este sentido, además, como ha dicho con razón *Schünemann*, “el reemplazo que propone *Jakobs* del individuo por la persona como mero portador de un rol en Derecho penal destruye justamente su legitimación”⁴¹¹. Ahora bien, todo esto debe llevarnos a aclarar que en Derecho penal —y, a mi juicio, sin excepción en *todo* ordenamiento jurídico de “conductas humanas”—, la apelación al punto de vista valorativo de la concepción del *hombre* como persona responsable, en cuanto directriz de la regulación, no remite en modo alguno a ningún concepto normativo de persona, sino más bien al substrato *ontológico* de la persona responsable, y que dicho substrato no puede estar constituido por nada más que por el *hombre* individual empírico⁴¹². Justamente la *concepción* del hombre como persona responsable, si no quiere ser una completa invención extraña al mundo real, es posible sólo a partir del reconocimiento en el hombre empírico de ciertas propiedades y estructuras ónticas *previas* que constituyan precisamente las condiciones mismas de la posibilidad de aquella concepción y no de otra distinta. En mi opinión, y a diferencia de lo que postulan *Stratenwerth* y *Cerezo*, no ha de procederse a fijar primero una determinada *concepción* valorativa que permita luego descubrir las estructuras lógico-objetivas del ser humano⁴¹³, sino justamente al revés. Si el Derecho no se dirige a las fuerzas de la naturaleza ni a los animales, sino al *hombre*, entonces habrá de ser ya la estructura óntica del ser humano lo primero que tiene que entrar en consideración. Esta estructura óntica es portadora ya de las condiciones de posibilidad de una determinada concepción del ser humano excluyente de otras diferentes. La concepción del ser humano como persona responsable sólo resulta posible si la estructura óntica del ser humano es portadora de las condiciones de posibilidad de dicha concepción. En tal caso, será obligado atenerse a tal concepción, de modo que la misma sea erigida en criterio *valorativo* o medida de enjuiciamiento de la corrección de la regulación jurídica, esto es, del Derecho. Si una regulación tiene por objeto conductas humanas, sólo cabrá reconocerle el carácter de *Derecho* en el caso de que la misma respete la estructura lógico-objetiva fundamental que impone la concepción del hombre como persona responsable, mientras que si la violenta ya no debe poder ser comprendida como *Derecho*, sino sólo como un mero y puro dispositivo de fuerza y coacción⁴¹⁴.

C) El respeto de la dignidad humana como límite inmanente al ejercicio de la coacción estatal y, por ello, como valor incompatible con el discurso del Derecho penal del enemigo

Si el Derecho, pues, *debe* partir de la concepción del *hombre* como persona responsable, ello implica de un modo necesario que aquello que hace al hombre precisamente una persona responsable, y no algo distinto, tiene que estar ya previamente dado en la estructura *ontológica* del mismo ser humano, o si se prefiere en la naturaleza humana⁴¹⁵. Pues de lo contrario el Derecho no *podría* partir de tal concepción del ser humano, y no se *debe* aquello que no se *puede*. La estructura ontológica del ser humano, que necesariamente ha de ser respetada por el Derecho,

⁴¹¹ Véase *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo, p. 655.

⁴¹² Cfr. en este sentido también *Schünemann*, en Debate, p. 266, donde contraponc “la categoría ontológica del ser humano” a la “categoría normativa de la persona”.

⁴¹³ Véase *Stratenwerth*, Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”, pp. 17 ss.; *Cerezo Mir*, La naturaleza de las cosas, pp. 56 ss.; *el mismo*, en RDPC nº 12 (2003), pp. 59 ss. Véase también, con matices, *Georg Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, pp. 30 ss.

⁴¹⁴ También *Zaffaroni* apela al respeto de la estructura lógico-objetiva fundamental de la persona como condición del Derecho; de tal modo que una violación de dicha estructura convertiría a cualquier acto en puro ejercicio de poder; véase *Zaffaroni* PG, p. 95.

⁴¹⁵ Para evitar malentendidos, debo advertir que esta referencia a la naturaleza humana ha de comprenderse en un sentido estrictamente antropológico y, por lo tanto, empírico, y en modo alguno en el sentido de ninguna doctrina iusnaturalista.

está constituida por todo aquello que fundamenta la *dignidad humana*⁴¹⁶. Ésta, evidentemente, no es producto ni resulta de ninguna construcción normativa, sino que se entiende como algo de lo que es portador en sí mismo *todo* hombre por el mero hecho de su existencia. Pufendorf advirtió que ya en la mera palabra de hombre hay alguna dignidad⁴¹⁷. Esta dignidad no la predicaba Pufendorf de ninguna idea racional de la esencia del hombre, sino más bien del hombre empírico y en virtud de un método científico de análisis mediante observación que, por supuesto, le permitía luego realizar generalizaciones (empíricas)⁴¹⁸. Para Pufendorf, la cualidad más sobresaliente de la naturaleza humana es la *imbecilias*, a la cual entendió como el desamparo del hombre entregado a sí mismo, y explicó mediante la ficción de un hombre abandonado en un país desierto. Pero semejante cualidad va seguida de la *socialitas*, es decir, de la necesidad para el hombre de vivir en sociedad con otros hombres⁴¹⁹. La *dignidad del hombre* radica, por un lado, en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir⁴²⁰, y por ello en que es un ser éticamente libre⁴²¹, y por otro lado en su sociabilidad, es decir, en su *capacidad* de vinculación al orden ético social de una comunidad⁴²². Ahora bien, tal dignidad corresponde en igual medida a *todos* los hombres. Esto supone, a mi juicio, que la dignidad del hombre radica ante todo en su facultad o capacidad de obrar finalmente, es decir, conforme a sentido, y en su capacidad de vinculación a un orden ético-social (sociabilidad), esto es, con la conciencia de que le es posible cumplir su compromiso con dicho orden. Evidentemente no es preciso que el hombre *actualice* tales capacidades. Su dignidad se basa en la simple posesión de las mismas y la detenta incluso aunque no las actualice⁴²³, pues la sociabilidad no tiene por sí misma ninguna fuerza vinculante⁴²⁴. Dignidad humana la poseería en igual medida que cualquier otro hombre, aquél que decidiera apartarse por completo de toda comunidad de hombres para vivir completamente sólo y en un estado completamente inactivo. Así pues, teóricamente sería posible imaginar, como describe el discurso del Derecho penal del enemigo, que algún o algunos hombres renunciaran a la sociabilidad y optaran de ese modo por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, e incluso por oponerse frontalmente al orden de la misma. En estos casos ninguna razón puede haber para negar que una decisión semejante no sea la expresión de un hombre éticamente libre, con lo cual también quienes decidieran separarse de un modo duradero de un orden social tendrían que ser reconocidos como personas responsables y ser tratados como tales, es decir, de acuerdo con su *dignidad humana*. Así parece estimarlo Pufendorf, al decir que aunque no se pueda esperar de otro hombre nada bueno ni malo, la naturaleza quiere que se le

⁴¹⁶ Antes de abordar la cuestión, sin embargo, me parece preciso advertir sobre la necesidad de sustraer a la idea de dignidad la gran carga emocional que conlleva cuando se la refiere al ser humano. Por *dignidad* no ha de entenderse en principio nada más que un valor que remite a la idea de que algo merece la consideración de lo que *es* y de que, en consecuencia, *debe ser tratado* como lo que *es* y no como otra cosa distinta. En este sentido se puede hablar, y de hecho se habla, tanto de la dignidad del ser humano como de la de un animal, pero también de la dignidad de un cargo, de un arte, o de cualquier otra cosa. El concepto de dignidad, pues, remite a aquello que es específica, individualiza y diferencia al objeto con respecto al cual se quiere predicar su dignidad. Ésta, por tanto, remite a las estructuras ónticas del objeto que fundamentan tanto el predicado (dignidad) como las exigencias que se derivan de él (respeto a dicha dignidad). En el caso que nos ocupa, a las estructuras ónticas del hombre que fundamentan su dignidad y las exigencias de respeto a dicha dignidad.

⁴¹⁷ Véase Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, t. I, Lib. III, Cap. II, N. I [p. 313]: “*In ipso quippe hominis vocabulo iudicatur inesse aliqua dignatio*”.

⁴¹⁸ Véase, en este sentido, Welzel, *Die Naturrechtslehre* Samuel Pufendorfs, p. 143.

⁴¹⁹ Sobre ello véase Welzel, *Die Naturrechtslehre* Samuel Pufendorfs, pp. 43 ss. e Introducción, pp. 143 ss.

⁴²⁰ Véase Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Lib. II, Cap. I, N. 5 [p. 145]: “*Maxima inde homini dignatio, quod animam obtinet inmortalem, lumine intellectus, facultate res diudicandi& eligendi praeditam, & in plurimas artes solertissimam*”; cfr. también Lib. I, Cap. III, N. 1 [n. 312, pp. 38 s.].

⁴²¹ Véase Welzel, Introducción, p. 146.

⁴²² Véase Welzel, *Die Naturrechtslehre* Samuel Pufendorfs, p. 47.

⁴²³ No puedo entrar aquí, entre otras razones porque ahora nada interesa, en la cuestión de la dignidad de los niños y de los inimputables.

⁴²⁴ Véase, en este sentido, Welzel, Introducción, p. 146.

trate como afín y semejante, ya que esta razón por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, es suficiente para que el género humano forme una comunidad pacífica⁴²⁵.

En *Pufendorf*, pues, no hay ninguna base para excluir a ningún hombre de la sociedad. Esto es lógico, pues él no establece distinciones entre los hombres en virtud de ninguna atribución de *status*, sino que se sitúa en el plano ontológico de la *dignidad* del hombre, la cual poseen todos por igual y no puede ser negada a ninguno. Ahora bien, como aprecia acertadamente *Welzel*, para *Pufendorf*, la igualdad natural de los hombres no es, como pensaba *Hobbes*, una igualdad en las fuerzas, sino una *igualdad en el Derecho* cuyo fundamento radica en la sociabilidad que está dada en la naturaleza humana como tal⁴²⁶. Esta idea de la dignidad humana vinculante para el Derecho constituye, a mi juicio, el argumento decisivo contra el Derecho penal del enemigo. Como un dato de la máxima importancia habría que tener en cuenta ya que, como recuerda y expone documentadamente *Welzel*, la idea de la dignidad del hombre como ser éticamente libre, formulada por *Pufendorf* ya antes de *Kant*, constituye la base a partir de la cual se desarrolla la noción de los *derechos del hombre* y de la libertad⁴²⁷. *Pufendorf* ayudó históricamente a preparar la declaración de derechos norteamericana gracias a la influencia de sus ideas en el pensamiento de *John Wise*, a quien se reconoce como el primer demócrata americano y padre de la democracia americana⁴²⁸. La idea de la dignidad del hombre explica que en la tradición jurídica de las declaraciones de derechos se distinga entre derechos —y garantías— de la *persona*, a la cual hay que entender en este contexto como sinónimo de hombre o de individuo humano, y derechos del *ciudadano*. Los primeros se reconocen a *todo* hombre por el mero hecho de existir⁴²⁹ y algunos de ellos se declaran asimismo como inalienables e imprescriptibles. Los segundos, en cambio, y como es lógico, sólo se reconocen a quienes, como *ciudadanos*, forman parte de una determinada comunidad política, y sí pueden ser objeto de limitación o de privación⁴³⁰. Como recuerda *Ferrajoli*, desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, *hombre* y *ciudadano* constituyen dos *status* subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales, los de la *personalidad*, que corresponden a *todos* los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los de ciudadanía, que corresponden en exclusiva a los *ciudadanos*⁴³¹. Entre los derechos del *hombre* en cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del *habeas corpus* y *todas* las garantías penales y procesales. Estas garantías del *hombre* deben considerarse intangibles con respecto a todos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la dignidad del ser humano.

Como ya dije más arriba⁴³², un Derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal “ordinario” tuviera como destinataria a la persona o, si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas condiciones deja al descubierto al individuo humano, y dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del ser humano. Pero si, como he tratado de demostrar, es cierto que el Derecho penal no tiene como

⁴²⁵ Véase *Pufendorf*, De iure naturae et gentium, Lib. II, Cap. III, N. 16 [pp. 206 s.].

⁴²⁶ Véase *Welzel*, Introducción, p. 145.

⁴²⁷ Véase *Welzel*, Introducción, p. 146, y Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, pp. 3 y 49 n. 62a.

⁴²⁸ Véase *Welzel*, Introducción, pp. 146 s.

⁴²⁹ Como expresa *Truyol y Serra*, “decir que hay ‘derechos humanos’ o ‘derechos del hombre’ en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”; véase *Truyol y Serra*, Los derechos humanos, p. 21.

⁴³⁰ Véase, sobre todo ello, con claridad *Ferrajoli*, Derechos y garantías, pp. 98 ss.

⁴³¹ Cfr. *Ferrajoli*, Derechos y garantías, p. 99.

⁴³² Cfr. *supra*

destinatario a la persona *jurídica*, esto es, entendida como construcción normativa, sino al *hombre*, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún “Derecho penal del enemigo”, esto es, ningún ordenamiento diferente y excepcional. Si las reglas de este Derecho penal tuvieran unas características sólo “especiales” —no excepcionales— en razón de las particularidades de los hechos o de los autores a los que se dirige, de tal modo que las mismas partieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables y fueran, por consiguiente, compatibles con el debido respeto a la dignidad del ser humano, entonces estaríamos en presencia de un mero sector particular del Derecho penal. En este caso, la denominación Derecho penal del “enemigo” no tendría más que un sentido formal y semántico, o, si se quiere, para decirlo con palabras de *Schünemann*, el valor de una “errónea metáfora”⁴³³. Si, por el contrario, las reglas de un tal ordenamiento prescindieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables, de modo que implicaran una infracción del principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad del ser humano, entonces habría que reconocer a tales reglas como *injustas*, negarles el carácter de Derecho y, con esto, su fuerza obligatoria⁴³⁴.

El Derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso⁴³⁵. Un ordenamiento que incluyera reglas incompatibles con la dignidad del ser humano, como se ha dicho, sería *injusto*, y daría lugar a que el Estado quedara desvinculado del Derecho, toda vez que, como proclama el art. 1 de la CE, la *justicia* es un valor superior del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Ni siquiera el hombre puede disponer de su dignidad, porque ésta es una cualidad inseparable de su substrato ontológico⁴³⁶. Como ya vimos, para *Pufendorf* la cualidad más sobresaliente del hombre es la que él designó con el nombre de *imbecilias* y entendió como el desamparo del hombre entregado a sí mismo. Semejante cualidad tiene como fuerza neutralizadora a la *sociabilidad*, es decir, a la necesidad para el hombre de vivir en sociedad con otros hombres, la cual es actualizable gracias a la libertad ética del hombre, es decir, a su dignidad. Un hombre que, renunciando a la sociabilidad, optara por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, y se opusiera incluso frontalmente a su orden, expresaría también en ello una decisión de libertad ética y con ella mantendría intacta su dignidad⁴³⁷. En esa situación, sin embargo, tendría que enfrentarse él solo a ese orden, extraño a él, configurado como sociedad por otros hombres, y tendría también que esperar respuestas y reacciones de dicho orden del mismo modo que tiene que esperarlas del orden físico–natural con el que se relaciona e interactúa. Ahora bien, mientras que las respuestas y reacciones del mundo físico–natural son necesarias e inapelables, las del mundo social sólo son contingentes, pues solo pueden ser entendidas como producto de convenciones entre hombres, es decir, de seres iguales al que ha decidido libremente renunciar a la sociabilidad para mantenerse él solo en la *imbecilias* de que hablaba *Pufendorf*. Pero así como las reacciones y respuestas del mundo físico–natural no conocen nada acerca de su medida ni de su justicia, porque son así y no pueden ser de ningún otro modo, las del mundo social, por el contrario, en la medida en que no son necesarias, sí tienen que ser medidas con los criterios del valor, de la justicia y de la proporcionalidad. Por todo esto, parece necesario reiterar aquí la llamada de *Pufendorf*, y entender con él que aun cuando no se espere de otro hombre nada bueno (ni malo), la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante nuestro, porque esta razón basta por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, para que el género humano forme una

⁴³³ Véase *Schünemann*, GA 2001, p. 212.

⁴³⁴ Véase en este sentido, en general, *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, pp. 286 s., y, en el mismo sentido, con abundantes referencias bibliográficas, *Cerezo* PG I, p. 20 y n. 25.

⁴³⁵ Cfr. en sentido similar *Muñoz Conde*, *Edmund Mezger*, p. 118.

⁴³⁶ En este sentido, dice *Maunz-Dürig*, que la dignidad es irrenunciable y corresponde a todo hombre, incluso al que presta su consentimiento para ser sujeto pasivo de una acción degradante; cfr. *Torío*, PJ nº 4 (1986), p. 82.

⁴³⁷ Véase en sentido similar *Ferrajoli*, *Derecho y razón*, p. 481.

comunidad pacífica⁴³⁸. Por otro lado, hay que tener en cuenta que en muchos de los supuestos que quieren ser absorbidos por el discurso del Derecho penal del enemigo, se trata de casos típicos de delincuentes por convicción⁴³⁹. Pero como dijera *Welzel*, “también aquí, y precisamente aquí, el Derecho deberá mostrarse como *Derecho* y no simplemente como *poder*”⁴⁴⁰, para que de ese modo “la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas*, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación de hombre por el hombre”⁴⁴¹.

⁴³⁸ Véase *Pufendorf*, De iure naturae et gentium, II, cap. III, 16.

⁴³⁹ Véase en este sentido, *Díez Ripollés*, JpD n° 49 (2004), p. 37, y RECPC n° 6 (2004), p. 24.

⁴⁴⁰ Véase *Welzel*, Introducción, p. 267 (cursivas del autor); véase además *Welzel*, Gesetz und Gewissen, pp. 297 ss.

⁴⁴¹ Véase *Welzel*, Introducción, p. 267.

BIBLIOGRAFÍA CITADA*

Hans-Jörg Albrecht, **Investigaciones** sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

Anónimo de Jámbrico, en la compilación de Antonio Melero Bellido, *Sofistas*. Testimonios y fragmentos, Ed. Gredos, Madrid, 1996.

Antón Oneca, *Derecho penal*. Parte General, 2ª ed., anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Ed. Akal, Madrid, 1986 (cit. **PG**).

Aristóteles, **Ética Nicomaquea**, citado por la edición *Ética Nicomaquea-Ética Eudemia*, con introducción de Emilio Lledó Iñigo y traducción y notas de Julio Pallí Bonet, 1ª ed., de 1985, Ed. Gredos, Madrid, 5ª reimpresión de 2000.

— **Política**, citado según la edición de Manuela García Valdés, 1ª ed. de 1988, Ed. Gredos, Madrid, reimpresión de 1994.

Bajo Fernández, **Derecho penal económico** aplicado a la actividad empresarial, Ed. Civitas, Madrid, 1978.

Bajo/Suárez, en *Bajo/Pérez Manzano/Suárez*, *Manual de Derecho penal*. Parte Especial, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993 (cit. **PE**).

Binding, *Die Normen und ihre Übertretung I*, reimpresión de la 4ª ed. de Leipzig (1922), de Scientia Verlag Aalen (cit. **Normen I**).

Brandariz, **Itinerarios de evolución del sistema penal** como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas, en Faraldo (dir.) y Brandariz/Puente (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 42 ss., 54 ss.

Brugger, **JZ 2000**.

Bustos Ramírez, **Imputación objetiva** (cuestiones metodológicas y sistemáticas), en *EPyC XII* (1989).

Cancio, **Los orígenes de la teoría de la adecuación social**. Teoría final de la acción e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1994 [= ADPCP (1993)].

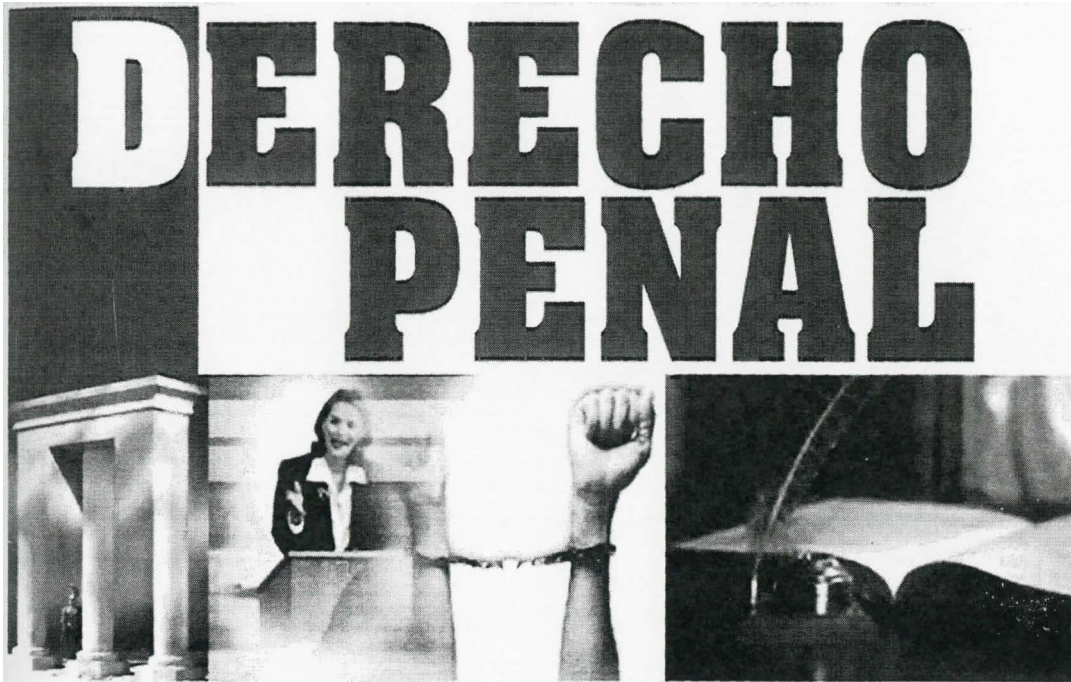
— “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, en *JpD* n° 44 (2002).

— ¿Derecho penal del enemigo?, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

Juan Ramón Capella, **Fruta prohibida**. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1999.

* Se destaca en negrita el modo en que se cita la obra.

Derecho Penal del enemigo



Günther Jakobs
Manuel Cancio Meliá

DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO *

Günther Jakobs

* Título alemán: «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

I. INTRODUCCIÓN: LA PENA COMO CONTRADICCIÓN O COMO ASEGURAMIENTO

Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio —Derecho penal del ciudadano— se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros —Derecho penal del enemigo—, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como per-

sona, al concedérsele en el proceso penal ¹ los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros. Quede esto dicho como primera consideración.

En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación «Derecho penal del enemigo» *no en todo caso* pretende ser *peyorativa*. Ciertamente, un Derecho penal *del enemigo* es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes. Además, un *Derecho* penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. Hechas estas reflexiones previas, comenzaré con la parte intermedia de los conceptos, con la *pena*.

¹ En lo fundamental; respecto de la incomunicación cfr. *infra* IV.

La pena es coacción; es coacción —que aquí sólo será abordada de manera sectorial— de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica², y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho.

Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad. Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este

² Cfr. al respecto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.^a edición, 1999, págs. 98 y ss.

efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (§ 61 núm. 3, § 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige —y sobre todo— hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (§ 66, párr. 1.º, núm. 3 StGB). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo³ peligroso, contra el cual se procede —en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal

³ Respecto de los conceptos «individuo» y «persona» *vid.* JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (nota 2), págs. 9 y ss., 29 y ss.

del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos conceptos algo claramente diferente, como habrá de mostrarse más adelante.

Lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad⁴ respecto de este problema es poco, con tendencia a nada. Y es que no cabe esperar nada de aquellos que buscan razón *en todas partes*, asegurándose a sí mismos tenerla *directamente* y proclamándola siempre en tono altivo, en lugar de imponerse la labor de configurar su subjetividad examinando aquello que es y puede ser. Sin embargo, la filosofía de la Edad Moderna enseña lo suficiente como para por lo menos estar en condiciones de abordar el problema.

II. ALGUNOS ESBOZOS IUSFILOSÓFICOS

Se denomina «Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se

⁴ La cuestión aparece primero en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss., 783 y ss.; *idem*, en: ESER *et al.* (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, págs. 47 y ss., 51 y ss.; al respecto SCHULZ, ZStW, 112 (2000), págs. 653 y ss., 659 y ss.; en contra ESER, *loc. cit.* (*Die Deutsche Strafrechtswissenschaft*), págs. 437 y ss., 444 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 2001, págs. 205 y ss., 210 y ss.

determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción⁵, y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. Tal argumentación en absoluto es nueva, sino que cuenta con destacados precursores filosóficos.

Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma ROUSSEAU⁶ que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social» deja de ser «miembro» del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: «al culpable se le hace morir más

⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en: *Kant's Werke*, Akademie-Ausgabe, tomo 6, 1907, págs. 203 y ss., 231 (Einleitung in die Rechtslehre, § D).

⁶ ROUSSEAU, *Staat und Gesellschaft. «Contrat social»*, traducido y comentado por WEIGEND, 1959, pág. 33 (libro segundo, capítulo V).

como enemigo que como ciudadano». De modo similar argumenta FICHTE: «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos»⁷. FICHTE atenúa tal muerte civil⁸ por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia⁹, pero no en el caso del «asesinato intencionado y premeditado»: en este ámbito, se mantiene la privación de derechos: «... al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado»¹⁰. Con férrea coherencia FICHTE prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal «no [es una] pena, sino sólo instrumento de seguridad»¹¹. No procede entrar en detalles; pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el *sta-*

⁷ FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, en: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sittenlehre, tomo primero, s.f., pág. 260.

⁸ Como en nota 7.

⁹ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 260 y ss. Dicho sea de paso: ¿un contrato con un sujeto expulsado de la sociedad civil, con alguien sin derechos?

¹⁰ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 278 y ss.

¹¹ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), pág. 280.

tus de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder.

No quiero seguir la concepción de ROUSSEAU y de FICHTE; pues en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta. En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

HOBBS era consciente de esta situación. Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión —junto al cual aparece, en igualdad de derecho (!) la sumisión por medio de la violencia— no debe entenderse tanto como un contrato como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorgani-

zación¹². De manera plenamente coherente con ello, HOBBS en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano¹³: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: «Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión¹⁴, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos»¹⁵.

Para ROUSSEAU y FICHTE todo delincuente es *de por sí* un enemigo, para HOBBS al menos el reo

¹² Cfr. también KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1994, pág. 95: «El contrato fundamental es la forma conceptual dentro de la que hay que introducir la situación política empírica para ser accesible al conocimiento científico; constituye el esquema de interpretación bajo el que deben subsumirse los procesos históricos de fundación del Estado para poder ser comprendidos políticamente». *Idem*, en: *idem* (ed.), *Thomas Hobbes. Leviathan etc.* (Klassiker Auslegen), 1996, págs. 211 y ss., 213 y ss.

¹³ HOBBS, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, ed. a cargo de FETSCHER, traducción de EUCHNER, 1984, págs. 237 y ss. (capítulo 28).

¹⁴ Sería más correcto decir: en la supresión fáctica; las instituciones no son susceptibles de rescisión.

¹⁵ HOBBS, *Leviathan* (nota 13), pág. 242 (capítulo 28); *idem*, *Vom Bürger*, en: GAWLICK (ed.), *Hobbes. Vom Menschen. Vom Bürger*, 1959, pág. 233 (capítulo 14, párrafo 22).

de alta traición. KANT, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado ¹⁶, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de KANT, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana ¹⁷. Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿qué dice KANT a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito «Sobre la paz eterna» dedica una larga nota a pie de página ¹⁸ al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: «Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y

¹⁶ KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 273 y ss., 297; *vid.* al respecto KERSTING, *Philosophie* (nota 12), págs. 199 y ss.

¹⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten* (nota 5), págs. 255 y ss. (1. Theil, 1. Hauptstück, § 8).

¹⁸ KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 341 y ss., 349 (2.º apartado, nota).

le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad»¹⁹. En consecuencia, quien no participa en la vida en un «estado comunitario-legal» debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede «tratar», como anota expresamente KANT²⁰, «como un enemigo»²¹.

Como acaba de citarse, en la posición de KANT no se trata como persona a quien «me amenaza... constantemente», quien no se deja obligar a entrar

¹⁹ Al afirmarse *loc. cit.* (nota 18) que únicamente (pero al menos sí en este caso) puedo «proceder de modo hostil» contra quien «ya me haya lesionado activamente», ello se refiere a un delito en el «estado ciudadano-legal», de manera que «hostil» caracteriza a la producción de un mal conforme a la Ley penal, y no a una despersonalización.

²⁰ *Zum ewigen Frieden* (nota 18), pág. 349.

²¹ Esta afirmación, sin embargo, es contradictoria con la posición de KANT respecto del problema de la mentira, en el que KANT no tiene suficientemente en cuenta la dependencia del contexto (scil.: reciprocidad) de la personalidad practicada: *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 421 y ss. Sobre esta cuestión cfr. OBERER, en: GEISMANN y OBERER (ed.), *Kant und das Recht der Lüge*, 1986, págs. 7 y ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, págs. 89 y ss.; ANNEN, *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung. Ein Beitrag zur Ethik und zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1997, págs. 97 y ss.

en un estado ciudadano. De manera similar, HOB-
BES despersonaliza al reo de alta traición; pues
también éste niega por principio la constitución
existente. Por consiguiente, HOB-
BES y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano —con-
tra personas que no delinquen de modo persistente,
por principio— y un Derecho penal del enemigo
contra quien se desvía por principio; éste exclu-
ye, aquél deja incólume el *status* de persona. El
Derecho penal del ciudadano es Derecho también
en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo
persona. Pero el Derecho penal del enemigo es
Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado
tiene derecho a procurarse seguridad frente a indi-
viduos que reinciden persistentemente en la comi-
sión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de
seguridad es una institución jurídica. Más aún: los
ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que
tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un
derecho a la seguridad²², con base en el cual HOB-
BES fundamenta y limita al Estado: *finis oboedien-
tiae est protectio*²³. Pero en este derecho no se halla
contenido en HOB-
BES el reo de alta traición, en

²² Fundamental ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983.

²³ El fin de la obediencia es la protección; HOB-
BES, *Leviathan* (nota 13), p. 171 (capítulo 21); *idem*, *Vom Bürger*
(nota 15), págs. 132 y ss. (capítulo 6, párrafo 3).

KANT quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. *El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.* Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. *El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo* (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) *combate peligros;* con toda certeza existen múltiples formas intermedias.

III. PERSONALIDAD REAL Y PELIGROSIDAD FÁCTICA

Queda por formular una pregunta: ¿por qué llevan a cabo HOBBS y KANT la delimitación del modo que se ha descrito? Daré forma de tesis a la

respuesta: ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal —rige— por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real.

Para explicar esta tesis comenzaré con algunas consideraciones acerca de lo que significa —*sit venia verbo*— el caso normal de la secuencia de delito y pena. No existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado. Nadie ha desarrollado esto con mayor claridad que HOBBS²⁴, quien atribuye en el estado de naturaleza a todos los seres humanos un *ius naturale* a todo, es decir, en terminología moderna, sólo un *ius* así *denominado*, respecto del cual precisamente no se halla en correspondencia una *obligatio*, un deber del otro, sino que, por el contrario, sólo es una denominación de la libertad normativamente ilimitada, únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Quien quiera y pueda, puede matar al otro sin causa alguna; es éste, como HOBBS constata expresamente²⁵, su *ius naturale*, y ello nada tiene en común con un delito, ya que en el estado de naturaleza, a falta de

²⁴ *Leviathan* (nota 13), págs. 99 y ss. (capítulo 14).

²⁵ *Leviathan* (nota 13), pág. 99 (capítulo 14).

un orden definido de manera vinculante no pueden quebrantarse las normas de tal orden.

Por lo tanto, los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable. Para clarificar lo dicho imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra la de sus instituciones: el malvado sobrino pretende acogerse a su vez a la protección de la vida y de la propiedad dispensadas por el Estado; es decir, se comporta de modo evidente de manera autocontradictoria, dicho de otro modo, opta, como cualquiera aprecia, por un mundo insostenible, y ello no sólo en el sentido de insostenible desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico: ese mundo es impensable.

Por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho —de nuevo, uso esta palabra poco exacta— normal, a diferencia de lo que sucede en los teóricos estrictos del contractualismo ROUSSEAU y FICHTE, no a un enemigo al que ha de destruirse,

sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta a dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado —de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)— a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma ²⁶.

Sin embargo, las cosas sólo son tan sencillas, incluso casi idílicas —el autor pronuncia su propia sentencia ya por la inconsistencia de su máxima—, cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico. Del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera *completamente* contrafáctica, tampoco la personalidad. Intentaré explicar brevemente lo dicho, abordando primero la vigencia de la norma:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos

²⁶ Cfr. *supra* I.

de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real. Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados²⁷, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será. Es precisamente por esto que KANT argumenta

²⁷ Cfr. nota 3.

que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana²⁸.

Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.

Ya se ha mencionado el ejemplo de la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad. Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente

²⁸ Como en nota 17.

de este modo— de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica²⁹, del terrorismo³⁰, de la criminalidad organizada³¹, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas»³², así como, en general, respecto de los «crímenes»³³, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la cri-

²⁹ Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29-7-1976, BGBl I, pág. 2034; Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15-5-1986, BGBl I, pág. 721 (= respectivamente, primera y segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica, n. del t.).

³⁰ Artículo 1, Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (= Ley para la lucha contra el terrorismo, n. del t.) de 19-2-1986, BGBl I, pág. 2566.

³¹ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (= Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de manifestación de la criminalidad organizada, n. del t.) de 15-7-1999, BGBl I, pág. 1302.

³² Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (= Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, n. del t.) de 26-1-1998, BGBl I, pág. 160.

³³ Verbrechensbekämpfungsgesetz (= Ley de lucha contra el delito, n. del t.) de 28-10-1994, BGBl I, pág. 3186.

minalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de KANT entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente»³⁴. Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el

³⁴ KANT, como en nota 18.

estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.

A quien todo esto le siga pareciendo demasiado oscuro se le puede ofrecer un esclarecimiento cual rayo mediante una referencia a los hechos del 11 de septiembre de 2001. Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, como se acaba de mostrar, en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización —la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano— y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Ahora bien, no se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la

categoría del delito no impone al Estado una atadura —precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona— que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal». De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios³⁵; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.— debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada.

Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el esta-

³⁵ JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss.

dio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21 StGB), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ³⁶ ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129 a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad ³⁷. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena».

IV. ESBOZO RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

En el Derecho procesal penal de nuevo aparece esta polarización; es fuerte la tentación de decir: evidentemente. Aquí no es posible exponer esto

³⁶ De tres a quince años de pena privativa de libertad frente a una pena de cinco a quince años, §§ 30, 212, 49 StGB.

³⁷ Respecto de la tentativa de participación, § 30 StGB, *infra* V.

con profundidad; al menos, se intentará llevar a cabo un esbozo. El imputado, por un lado, es una persona que participa, que se suele denominar «sujeto procesal»; es esto precisamente lo que lo distingue al proceso reformado del proceso inquisitorio. Han de mencionarse, por ejemplo³⁸, el derecho a la tutela judicial, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a interrogatorios y, especialmente, a no ser ni engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones (§ 136 a StPO).

Por otra parte, frente a ese lado personal, de sujeto procesal³⁹, aparece en múltiples formas la desnuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva (§§ 112, 112 a StPO); al igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco significa nada para el imputado, sino que frente a él se agota en una coacción física. Y no porque el imputado deba asistir al proceso —también participa en el

³⁸ Cfr. una enumeración más exhaustiva en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª edición, 1998, § 18.

³⁹ Respecto de los requisitos de un *deber* de participación como consecuencia de la personalización fundamental PAWLIK, GA 1998, págs. 378 y ss., con amplias referencias. ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (nota 38), asigna la necesidad de «soportar el desarrollo del proceso» a la coacción. Ello no resulta convincente: el proceso de por sí *es* el camino para la clarificación de la situación mediante un trato personal recíproco.

proceso una *persona* imputada, y por convicción—, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho —ésta ni oculta pruebas ni huye—, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§ 81 a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución porque las medidas sólo funcionan mientras el imputado no las conozca. En este sentido, hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones (§ 100 a StPO), otras investigaciones secretas (§ 100 c StPO) y la intervención de investigadores encubiertos (§ 110 a StPO). Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.

De nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar una

referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§§ 31 y ss. EGGVG). Ahora bien, éste sólo es el caso extremo regulado por el Derecho positivo. Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento —y sólo hasta el momento— no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros —¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?— muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra.

V. DESCOMPOSICIÓN: ¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?

Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los

individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos ⁴⁰.

Por otro lado, sin embargo, no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por ello, la introducción de un cúmulo —prácticamente inabarcable ya— de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho. Intentaré ilustrar lo dicho con un ejemplo ⁴¹ relativo a la preparación del delito: el Código penal prusiano de 1851 y el Código penal del *Reich* de 1871 no conocían una punición de los actos aislados de preparación de un delito. Después de que en la «lucha cultural» (*Kulturkampf*) —una lucha del Estado por la secularización de las instituciones sociales— un extranjero (el belga Duchesne) se hubiera ofrecido frente a altas instituciones eclesiásticas extranjeras (el provincial de los jesuitas en Bélgica y el arzobispo de París) a matar al canciller del *Reich* (Bismarck) a cambio del pago de una suma considerable, se introdujo un precepto que amenazaba tales

⁴⁰ KANT, como en nota 18.

⁴¹ Respecto de la historia del § 30 StGB cfr. LK¹¹-ROXIN, n.m. 1 previo al § 30.



actos de preparación de delitos gravísimos con pena de prisión de tres meses hasta cinco años, en el caso de otros delitos, con pena de prisión de hasta dos años (§§ 49.a, 16 RStGB después de la reforma de 1876). Se trata de una regulación que —como muestra lo poco elevado de las penas— evidentemente no tomaba como punto de referencia cómo de peligroso un enemigo puede llegar a ser, sino aquello que un autor ya ha atacado hasta ese momento al realizar la conducta: la seguridad pública. En 1943 (!) se agravó el precepto (entre otros aspectos) vinculando la pena a la correspondiente al hecho planeado; de este modo, el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de actos preparatorios, y esta modificación no ha sido revocada hasta el día de hoy. Por lo tanto, el punto de partida al que se anuda la regulación es la conducta no actuada, sino sólo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro⁴²; dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado

⁴² A pesar de que generalmente se considera que una delimitación clara de actos preparatorios y tentativa constituye un postulado de primera clase entre los propios de un Estado de Derecho, está ausente cualquier consideración crítica de la punibilidad de la preparación de delitos conforme al § 30 StGB, una punibilidad que —respecto de los delitos en caso de autoría e inducción— marginaliza casi por com-

por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo. Lo que en el caso de los terroristas —adversarios por principio— puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de *cualquier* delito, por ejemplo, de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo —la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación— es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incomunicación antes mencionada, pues en este último caso, sólo no se trata como persona al —presunto— terrorista, en el primero, cualquier autor de un delito en sentido técnico y cualquier inductor (§§ 12, párrafo 1.º, 30 StGB), de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo.

VI. PERSONALIZACIÓN CONTRAFÁCTICA: ENEMIGOS COMO PERSONAS

La exposición no sería completa si no se añadiera la siguiente reflexión: como se ha mostrado,

pleto la relevancia del límite; de nuevo, cfr. una posición crítica al respecto en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), pág. 752.



sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real. Y de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo: sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real. En contra de esta posición se encuentra, sin embargo, en la actualidad la suposición corriente de que en todo el mundo existe un orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena. El Tribunal para la antigua Yugoslavia en La Haya, el estatuto de Roma⁴³ y el Código penal internacional⁴⁴ son consecuencias de esta suposición. Si se examina con mayor detenimiento la jurisdicción internacional y nacional que con ello se establece, se percibe que la pena pasa de ser un medio para el *mantenimiento* de la vigencia de la norma a serlo de la *creación* de vigencia de la nor-

⁴³ Publicaciones del *Bundestag* [Parlamento Federal alemán, n. del t.] 14/2682, págs. 9 y ss.

⁴⁴ Artículo 1 de la Ley para la introducción de un Código penal internacional de 26-6-2002, BGBl I, pág. 2254.

ma. Esto no tiene por qué ser inadecuado, pero es necesario identificarlo y procesarlo teóricamente; a continuación se llevará a cabo un pequeño intento de resolver esa tarea:

Como es sabido y no necesita de referencia alguna, en muchos lugares del mundo ocurren vulneraciones extremas de derechos humanos elementales. Ahora bien, allí donde ocurren, estas vulneraciones tienen lugar porque los derechos humanos en aquellos lugares hasta el momento no estaban establecidos en el sentido de que fueran respetados a grandes rasgos; pues de lo contrario, también en esos territorios serían entendidas las vulneraciones como perturbaciones del orden establecido y serían penadas, sin que fuera necesaria una jurisdicción exterior. Por lo tanto, son algunos Estados —fundamentalmente, occidentales— que afirman una vigencia global de los derechos humanos, vigencia que es contradicha en el lugar de comisión de los hechos de manera radical y existosa al menos por parte de los autores. Ahora bien, el autor siempre niega la vigencia de la norma que prohíbe el hecho respecto de la conducta que él planea; pues de lo contrario no podría cometer el hecho. En consecuencia, parece que *en todo caso* —tanto en el caso de una vulneración de derechos humanos en cualquier lugar del mundo como en el supuesto base de un delito dentro del Estado— el autor se dirige contra la norma prohi-

bitiva y que la vigencia de la norma, afectada por ello, es confirmada en su intangibilidad por la pena. Sin embargo, esta equiparación supondría dejar fuera de consideración diferencias esenciales.

En el supuesto base de un delito *en* un Estado, un orden establecido a grandes rasgos es vulnerado en un caso individual. Ya existe un monopolio de la violencia a favor del Estado, y a éste se halla sometido el autor, también ya antes de su hecho. KANT formuló esto afirmando que en el «estado comunitario-legal» la «autoridad» tiene «poder» tanto sobre el autor como sobre su víctima⁴⁵. Por lo tanto, se trata de un estado de certeza de que el Estado presta suficiente seguridad para las expectativas normativas de la víctima frente al autor, de modo que si a pesar de ello se produce un hecho, éste aparece como peculiaridad que no debe tenerse en cuenta en el cálculo cognitivo y que puede ser neutralizada mediante la imputación al autor y su punición. Esta breve consideración ha de bastar respecto de la situación en *un estado de vigencia real del ordenamiento jurídico*, es decir, *en* el Estado en funcionamiento.

La situación es distinta en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos. No puede afirmarse de ningún modo que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo de un

⁴⁵ Como en nota 18.

postulado de realización. Este postulado puede estar perfectamente fundamentado, pero ello no implica que esté realizado, del mismo modo que una pretensión jurídico-civil no se halla realizada sólo porque esté bien fundamentada. Dicho de otro modo: en esta medida, no se trata del *mantenimiento* de un «estado comunitario-legal», sino, con carácter previo, de su *establecimiento*. La situación previa a la creación del estado «comunitario-legal» es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad, en todo caso, no existe una personalidad asegurada. Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito «comunitario-legal», y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. Ahora bien, una vez que se tiene al infractor, se cambia al Código penal y al Código de procedimiento penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la *creación* de un orden del derecho a *mantener* un orden: el «ciudadano»



Milosevic es tan poco parte de *aquella* sociedad que le pone ante un tribunal como lo era el «ciudadano» Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial «comunitario-legal», habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo.

VII. RESUMEN

1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos.

2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no* se desvían *por principio* (HOBBS, KANT).

3. Quien por principio se conduce de modo

desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

4. Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material —contradicción *versus* neutralización de peligros— encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal.

5. Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.

6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.



Reglamento del Régimen Académico Estudiantil de los Programas de Posgrados y Formación Continua

Art. 55 Todas las asignaturas se calificarán utilizando la escala de 0 a 100 puntos. La nota mínima para aprobar es 70 puntos. La escala de calificación será la siguiente:

96-100	Sobresaliente
90-95	Excelente
84-89	Muy bueno
77-83	Bueno
70-76	Regular
0-69	Reprobado



**Facultad de
Ciencias Jurídicas**

Coordinación de
Postgrados y Formación Continua

Teléfono: 2278 3923 ó 2267 0352, ext. 1134 E-mail: especializaciones@ns.uca.edu.ni / www.uca.ni

20
10